

University of Groningen

Onbegrensde rechtsbeoefening

Bregman, A.G.; Broring, H.E.; de Graaf, K.J.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Bregman, A. G., Broring, H. E., & de Graaf, K. J. (editors) (2014). *Onbegrensde rechtsbeoefening: Opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach*. Instituut voor Bouwrecht.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Onbegrensde rechtsbeoefening

Opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach

Onder redactie van:

Prof. dr. ir. A.G. Bregman

Prof. mr. H.E. Bröring

Mr. dr. K.J. de Graaf

Onbegrensde rechtsbeoefening

Onbegrensde rechtsbeoefening

Opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach

onder redactie van:

Prof. dr. ir. A.G. Bregman

Prof. mr. H.E. Bröring

Mr. dr. K.J. de Graaf

Aanbevolen citeerwijze:

A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening* (Lubach-bundel), Den Haag: IBR 2014

ISBN 978-90-78066-89-7

NUR 820-823

© 2014, Stichting Instituut voor Bouwrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

1	Onbegrensde rechtsbeoefening	1
	<i>Herman Bröring</i>	

Deel I Omgevingsrecht

2	Gebiedsgerichte normstelling als de echte winst van de Omgevingswet	11
	<i>Arjan Bregman</i>	
3	Afwijken van normen in het omgevingsrecht: toen, nu en in de toekomst	23
	<i>Hanna Tolsma</i>	
4	De Crisis- en herstelwet: nood, spoed of experiment?	35
	<i>Regina Koning</i>	
5	Rechtszekerheid en borging in bestemmingsplannen	47
	<i>Niels Koeman</i>	
6	Het einde van de ruimtelijke ordening	55
	<i>Ko de Ridder</i>	
7	En de bestuursrechter maar marginaal toetsen	67
	<i>Leo Damen</i>	
8	Bestemmingsplan en beleidsvrijheid	77
	<i>Auke Kuipers</i>	
9	Integriteitsbeoordeling in het ruimtelijk bestuursrecht	87
	<i>Iris van Buggenum & Albertjan Tollenaar</i>	
10	On the making of a fundamental right to a safe environment	99
	<i>Suzanne Comtois</i>	
11	Het einde van de ‘Boxtel-paradox’ (en nog veel meer)?	109
	<i>Jan Jans</i>	

Deel II Publiek- en privaatrecht

12	Het belang van interne rechtsvergelijking	119
	<i>Michiel Scheltema</i>	

Onbegrensde rechtsbeoefening

13	De waarde van een overeenkomst over ruimtelijke ontwikkeling <i>Peter van Buuren</i>	127
14	De beleidsovereenkomst 32 jaar later <i>Gerrit van der Veen</i>	141
15	Overheidseigendom van zaken met een publieke bestemming <i>Constantijn Hageman</i>	149
16	Publiek en privaat: waarom de bestuursrechter het moeilijker heeft met het recht van inzage dan de civiele rechter <i>Aline Klingenberg</i>	159
17	Dienen ook private aanbesteders de beginselen van aanbestedingsrecht in acht te nemen? <i>Matton van den Berg</i>	165
18	New Rules in Public Procurement – for better, for worse, or another dog's breakfast? <i>Laurence Gormley</i>	173
19	Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen: 20 jaar later <i>Karin Schreuder</i>	185
20	Rekommunalisierung im Lichte der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie <i>Anika Logemann-Prunk</i>	201
21	Sociale zekerheid: quo vadis? <i>Gijsbert Vonk</i>	213

Deel III

Algemeen bestuursrecht

22	De generalistische (bestuurs)rechter <i>Gradus Vrieze</i>	219
23	Titel 8.4 Awb: verdwenen, gebleven en nieuwe problemen <i>Kars de Graaf, Bert Marseille & Derek Sietses</i>	237
24	Een handleiding voor de beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie? <i>Bruno van Ravels</i>	253

25	De functionele dader vóór en na de Vierde tranche <i>Kirsten van Leeuwen & Frank Vermeer</i>	269
26	Het dictum van het advies en het besluit op bezwaar <i>Heinrich Winter</i>	291
	Over de auteurs	303

1 Onbegrensde rechtsbeoefening

Herman Bröring

1 Inleiding

Dit liber amicorum voor Dick Lubach is om ten minste twee redenen bijzonder. De eerste reden is dat het boek niet wordt aangeboden bij gelegenheid van het formele afscheid van de adressaat van het liber. Weliswaar heeft hij inmiddels de leeftijd van 65 jaar bereikt, maar als eigentijdse senior neemt Dick op die leeftijd helemaal geen afscheid: hij hoopt juist nog tot 2016 zijn functie als hoogleraar bouwrecht te blijven vervullen (en daarna zal hij hoogst waarschijnlijk evenmin van ophouden weten). Dat hij al in 2014 een bundel met speciaal voor hem geschreven bijdragen in ontvangst mag nemen, dient dan ook ter markering van zijn veertig jarig dienstverband aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen en een daarmee verbonden ontplooiing van extra activiteiten van uiteenlopende aard op het vlak van mobiliteit. De tweede reden waarom sprake is van een bijzonder liber is veel belangrijker dan de eerste, en heeft te maken met Dick Lubach zelf.

Deze tweede reden kent twee aspecten: Dick als wetenschapper en Dick als persoon. Onze beschouwing over Dick als wetenschapper gaat terug naar het jaar 1972. Na zijn afstuderen aan de Vrije Universiteit van Amsterdam werd Dick dat jaar aangesteld als ambtenaar op de provinciale griffie van Friesland. Daar heeft hij het volgehouden tot 1974. In de periode 1972-1974 kreeg Dick twee complimenten. In de eerste plaats werd hij geprezen als docent aan de Bestuurschool Friesland, waar hij aan de opleiding Gemeentelijke Administratie I privaatrecht en strafrecht doceerde. Het tweede compliment – ‘Het grootste compliment dat mij ooit is gemaakt’, aldus Dick zelf – werd gevormd door informatie die hem meermalen en langs verschillende wegen bereikte, namelijk dat hij volstrekt ongeschikt werd bevonden als ambtenaar. Dat zou te maken hebben met onvoldoende affiniteit met zowel de aard van de ambtelijke werkzaamheden als de ambtelijke organisatiecultuur. Een ieder kan dit nader invullen.

Waar het om gaat is dat Dick in 1974 solliciteerde naar de functie van wetenschappelijk medewerker administratief recht en op 1 augustus van dat jaar als zodanig werd aangesteld. Zijn gunstig beoordeelde onderwijservaring (GA I) en brede juridische belangstelling (naast administratief recht ook voor privaatrecht en strafrecht) zullen daaraan hebben bijgedragen.

Diezelfde brede, haast onbegrensde belangstelling is kenmerkend voor het door Dick aan de Groningse faculteit verzorgde onderwijs en verrichte onderzoek. Immers, zijn onderwijs en onderzoek zijn niet beperkt gebleven tot het nationale algemeen bestuursrecht. Zo betreft een aanzienlijk deel van dit onderwijs en onderzoek *interne* rechtsvergelijking, meer specifiek de raakvlakken tussen het bestuurs- en het privaatrecht. Tekenend is dat Dick reeds in 1978 betrokken raakte bij het Instituut voor Bouwrecht en in 1986, gedragen door dit Instituut, aan de Groningse faculteit werd benoemd als bijzonder hoogleraar bouwrecht. Voorts moeten in dit verband zijn proefschrift *Beleidsverein-*

komsten. Een onderzoek naar juridische aspecten van het gebruik van de overeenkomst als instrument door de overheid (1987; promotores prof. mr. M. Scheltema en prof. mr. A.R. Bloembergen) en zijn in 1987 uitgesproken oratie *Over grenzen in het bouwrecht* worden genoemd. Publicaties als *Planschadevergoedingsovereenkomst, meer dan een scrabblewoord*, JBplus 2001, het samen met zoon Rense in 2010 geschreven *De magische lijn, 40 jaar later*, in: O.O. Cherednychenkov e.a. (red.), *Publiek/Privaat vervlechten of ontvlechten*, en zijn commentaar op *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, in: Bestuurlijke schadevergoeding (losbl.), onderstrepen dat Dick altijd de interne rechtsvergelijking is blijven beoefenen.

Een andere rode draad in het werk van Dick betreft de *externe* rechtsvergelijking. Illustratief zijn de bijdrage *Misbruik van privaatrecht door de overheid? Een functionele benadering van het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht in Duitsland*, in: E.H. Hondius (red.), *De meerwaarde van rechtsvergelijking* (1999), de bijdrage *Application of administrative law to privatisations in the Netherlands*, in: *The Netherlands Report to the Sixteenth International Congress of Comparative Law* (2002), het preadvies *Convergerende tendensen in het Europese bestuursrecht?*, voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (2003), en een daarop gebaseerd artikel in het NTB (2004). Ofschoon hij ook daarvoor en daarna bijzondere belangstelling voor buitenlandse rechtstelsels had en heeft, kan worden geconstateerd dat de jaren rond de millenniumwisseling externe rechtsvergelijking het zwaartepunt in het werk van Dick vormde. In die jaren was hij, een aantal jaren ook als hoogleraar integratieve rechtsvergelijking, nauw betrokken bij de Hanse Law School, een samenwerkingsverband met de universiteiten van Oldenburg en Bremen met als credo *Fortiter in re, suaviter in modo*. Later volgde de faculteit, in aansluiting op beleidskeuzes op instellingsniveau, een ander internationaliseringsspoor. Op het moeilijke pad van internationale samenwerking zijn de door Dick geïnitieerde meerdaagse rechtsvergelijkende seminars voor Nederlandse en Duitse promovendi en studenten qua coherentie, interactie en intensiteit nog altijd ongeëvenaard.

Naast interne en externe rechtsvergelijking is als bekend de *ruimtelijke ordening* (en ruimer het omgevingsrecht) een speerpunt van het werk van Dick. Ook zijn publicaties op dit vlak zijn talrijk. Voorbeelden zijn bijdragen in *Bouwrecht*, *De coördinatiefunctie van de ruimtelijke ordening en de motieftheorie* en *Bestemmingsplan Lauwersmeer. De minister en zijn aanvankelijk oordeel* (beide van 1979), *Ordening van de besluitvorming over de ruimte. Over de verticale coördinatie van besluitvorming over ruimtelijke aangelegenheden* (samen met Tj. de Koningh, J.W.M. van der Knaap, B.W. Leemeijer, R. Schoonveld & M. Oosting, 1985), *Het algemeen deel van het bestuursrecht en de ruimtelijke ordening in onderlinge wisselwerking* (preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht 1994), *Versnelling van juridische procedures met grote projecten* (samen met C. Lambers & M. Scheltema, 1994), *Fundamentele herziening van de WRO? Een verkennende notitie inzake een onderzoek naar de noodzaak van een fundamentele wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening* (1998), *Flexibele planvormen* (Publiek Domein 1999), en *Offshore windenergie: optimaal omgevingsrecht op zee?* (samen met K.J. de Graaf, preadvies Nederlandse Vereniging voor Energierecht, 2008). Vermelding verdienen voorts de vele bijdragen (1987-heden) aan de uitgave *Ruimtelijk Bestuursrecht* (losbl.) en aan het boek *Bouwrecht in Kort Bestek*, waarvan de 8e druk in 2013 verscheen. Ook heeft Dick decennia lang het onderwijs in het ruimtelijkeordeningsrecht verzorgd.

Voor Dick geldt dat grote bekwaamheid in de ruimtelijke ordening geen adequate ordening van het eigen werkt garandeert (maar Dick was ook geen voorbeeldig ambtenaar). In tegendeel: een overzicht van zijn publicaties werd pas na veel aandringen en naspeuren verkregen, en dan nog verre van compleet (reden waarom voor deze bundel

maar is afgezien van een lijst van publicaties van Dick). Duidelijk zal echter zijn dat Dick buitengewoon veel werk heeft verzet en zich daarbij – getuige tal van annotaties in de AB, lidmaatschappen van het Schadeschap Schiphol en de planschadecommissies van de gemeenten Leeuwarden en Groningen, alsmede een aantal adviseurschappen bij advocatenkantoren – niet in de ivoeren toren van de wetenschap heeft opgesloten.

2 Inhoud van de bundel

De bijdragen aan dit *liber amicorum* sluiten nauw aan bij de wetenschappelijke belangstelling van Dick. Zij zijn geclusterd rond drie thema's: omgevingsrecht, publiek- en privaatrecht, en algemeen bestuursrecht. Binnen elk cluster zijn sterk samenhangende bijdragen zoveel mogelijk achter elkaar geplaatst.

Omgevingsrecht

Het eerste cluster opent met een tweetal beschouwingen over de gebiedsgerichte benadering waarbij, in een spanning tussen ruimtelijke ordening en milieunormen bij gebiedsontwikkeling, afwijking van deze normen geoorloofd is op basis van onderlinge uitruil van milieuaspecten. *Arjan Bregman* betoogt dat de gebiedsgerichte normstelling als het belangrijkste pluspunt van de Omgevingswet moet worden aangemerkt, waarbij maatwerk en integrale omgevingskwaliteit twee zijden van deze medaille vormen. *Hanna Tolsma* onderzoekt of hetgeen Dick in 1996 als zijn visie op de zogenoemde stad- en milieubenadering heeft gegeven, namelijk dat de regelgeving zelf zo flexibel ingericht zou moeten zijn dat aan normafwijking geen behoefte is, nog steeds opgeld doet. In het licht van de rechtszekerheid en door het ontbreken van zware motiverings-eisen in de Omgevingswet is dat volgens haar in belangrijke mate inderdaad het geval. Bregman en Tolsma schenken beiden aandacht aan (het belang van) experimenten naar versnelling van besluitvorming. Voor *Regina Koning* vormt experimenteerwetgeving op het terrein van het omgevingsrecht het centrale onderwerp. Zij benadrukt dat ook experimenteerwetgeving aan bepaalde aan rechtsstatelijke beginselen ontleende voorwaarden moet voldoen en onderzoekt vervolgens in hoeverre de Crisis- en herstelwet aan deze voorwaarden voldoet. Volgens haar dient tevoren grondiger te worden nagedacht over of het gaat om experimenteerwetgeving dan wel om nood- of spoedwetgeving.

Niels Koeman geeft in zijn bijdrage een hernieuwde analyse van wat een klassiek onderwerp van het ruimtelijk bestuursrecht kan worden genoemd: de spanning tussen rechtszekerheid en flexibiliteit. Zijn bijdrage resulteert in een aantal heldere conclusies, waaronder de bevinding dat de rechtszekerheid die bestemmingsplannen bieden wordt overschat. Dit komt omdat men onvoldoende in de gaten heeft dat ruimtelijke besluitvorming een sterk politiek karakter heeft en daarom gemakkelijk vatbaar is voor opeenvolgende wijzigingen, aldus Koeman. De bijdrage van *Ko de Ridder* gaat eveneens over ruimtelijke planning. De Ridder schets een ontwikkeling waarbij planning in toenemende mate is opgevat als het coördineren van beslissingen, wat volgens hem het einde van het idee van een ruimtelijk planningsstelsel betekent. Het begin van de compositie van dit requiem situeert De Ridder in 1982; in een onderzoeksproject waarin ook Dick participeerde.

Terwijl de tot dusverre vermelde bijdragen voornamelijk op wetgeving zien, hebben de twee volgende bijdragen in dit eerste cluster over omgevingsrecht betrekking op rechtspraak, meer in het bijzonder de rechterlijke toetsing in planzaken. *Leo Damen* gaat in op de ontwikkeling in de Afdelingsjurisprudentie vanaf medio 2012, waarmee hij een

vervolg geeft aan zijn eerdere analyses in AB-annotaties. Zijn slotsom is dat de Afdelingsjurisprudentie tegenwoordig in terminologisch opzicht correct is ('beleidsvrijheid'), maar dat betwijfeld moet worden of burgers met de bijbehorende marginale toetsing gediend zijn. *Auke Kuipers* bespreekt de kritiek die Damen in evengenoemde annotaties op de Afdelingsjurisprudentie heeft geleverd. Langs een andere weg, namelijk die van de toetsing van deelbeslissingen, komt hij tot dezelfde slotsom als Damen (afgezien van diens zorgen voor de rechtspositie van burgers).

Iris van Buggenum en *Albertjan Tollenaar* werpen in hun bijdrage de vraag op in hoeverre de toepassing van de Wet Bibob in het ruimtelijk bestuursrecht past. Hun antwoord luidt overwegend ontkennend: vergeleken met Bibob-toepassing bij andere vergunningen die naast een omgevingsvergunning benodigd zijn, pleegt de Wet Bibob in het ruimtelijk bestuursrecht nauwelijks toegevoegde waarde te hebben.

Suzanne Comtois beschrijft de wordingsgeschiedenis van het fundamentele recht op milieubescherming in Canada. Haar betoog begint bij de Stockholm Declaration van 1972 (en de een paar jaar eerder geschreven doctoraalscriptie van Dick over luchtvervuiling). Stapje voor stapje is het recht op milieubescherming een fundamenteel recht geworden dat in diverse opzichten doorwerkt in wetgeving en rechtspraak. Van een afgeronde ontwikkeling is echter geen sprake, aldus Comtois. Dit kan zonder twijfel ook voor het Europees recht worden gezegd. Zo gaat *Jan Jans* in op de onmogelijke positie waarin bestuursorganen kunnen verkeren, veelal op het terrein van het milieurecht, wanneer zij enerzijds in het licht van een Europese Richtlijn een vergunning moeten weigeren, maar diezelfde vergunning op grond van nationale wetgeving, waarin die Richtlijn niet of onvoldoende is geïmplementeerd, moeten verlenen. Uit een Britse en een Oostenrijkse zaak leidt hij af dat deze paradox rond het verbod van rechtstreekse werking van Richtlijnen aanzienlijk is gemitigeerd.

Publiek- en privaatrecht

Het tweede cluster omvat bijdragen op het snijvlak van publiek- en privaatrecht. *Michiel Scheltema* reflecteert op de verkenningen van Dick op belangrijke deelonderwerpen. Hij constateert dat die verkenningen niet alleen zeer adequaat waren, maar bovendien hun actualiteitswaarde hebben behouden. Het wetenschappelijke werk van Dick onderstreept, aldus Scheltema, de relevantie van interne rechtsvergelijking. *Peter van Buuren* gaat in op de juridische betekenis van een overeenkomst tussen een burger en een gemeente over door de gemeente(lijke bestuursorganen) te verlenen planologische medewerking. Hij wijst erop dat Dick in zijn proefschrift vooral de competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter als 'buitengewoon moeilijk' beoordeelde. De inmiddels getroffen oplossing is echter bevredigend, aldus Van Buuren. In de bijdrage van *Gerrit van der Veen* staat de vraag centraal in hoeverre de in het proefschrift van Dick neergelegde opvattingen over toelaatbaarheid en normering van de beleidsovereenkomst zijn gevolgd. Die opvattingen blijken in aanzienlijke mate door de Hoge Raad te worden gedeeld, maar dit rechtscollage blijkt Dick nog niet volledig te volgen, aldus Van der Veen. *Constantijn Hageman* schrijft over de, naast de overeenkomst, andere dragende rechtsfiguur van het privaatrecht, de eigendom, en onderzoekt in hoeverre behoefte is aan een eigendomsfiguur aan de publiekrechtelijke kant van de magische lijn. Hij berekendeneert dat die behoefte inderdaad aanwezig is. Volgens hem zou voor de vormgeving te rade kunnen worden gegaan bij het publieke eigendomsrecht zoals dit in Frankrijk vorm heeft gekregen.

Aline Klingenberg staat stil bij de rol van de rechter en gaat tegen de achtergrond van beleidsvrijheid van het bestuur meer in het bijzonder in op jurisprudentie inzake gegevensbescherming. Zij stelt vast dat de bestuursrechter meer moeite met het inzagerecht lijkt te hebben dan de burgerlijke rechter, en dat dit rechtstreeks kan worden teruggevoerd op die beleidsvrijheid en de daarmee verbonden, voor het bestuur geldende motiveringsen.

Een ander tweetal beschouwingen is gewijd aan een onderwerp dat altijd de speciale belangstelling van Dick heeft genoten: het aanbestedingsrecht. *Matton van den Berg* behandelt de vraag of ook private aanbesteders de (publiekrechtelijke) beginselen van aanbestedingsrecht in acht dienen te nemen. Hij uit zich op kritische wijze over de jurisprudentie van de Hoge Raad, die naar zijn overtuiging teveel ruimte laat om de toepasselijkheid van wezenlijke beginselen en normen uit te sluiten. Duidelijk gunstiger oordeelt *Laurence Gormley* over de nieuwe Europese Richtlijnen over het gunnen van overheidsopdrachten. Hij ziet als waarschijnlijk belangrijkste verandering dat aanbesteding louter op grond van de laagste prijs niet meer mogelijk is. Het is aan de nationale overheden om in de aanbestedingsafwegingen andere elementen een serieuze plaats te geven en van de nieuwe Richtlijnen een echt succes te maken, aldus Gormley.

Na de beleidsovereenkomst, overheidseigendom, de verhouding tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter en het aanbestedingsrecht resteert nog één deelonderwerp: het organisatierecht vanuit een gecombineerd publiek- en privaatrechtelijke perspectief. Het is dit deelonderwerp waarover twee promoti van Dick in deze bundel schrijven. *Karin Schreuder* beschrijft in haar bijdrage wat er sinds haar promotie in 1994 in het denken en beslissen over de organisatorische kant van de uitvoering van publieke taken is veranderd. Dat blijkt meer dan marginaal te zijn, maar er is volgens Schreuder nog veel te verbeteren, bijvoorbeeld waar het gaat om het leren van evaluaties. Ook in Duitsland zijn privatisering en deregulering krachtig ter hand genomen, aldus *Anika Logemann-Prunk*. Zij constateert echter dat sinds enige jaren sprake is van een 'Umdenken', zowel op het terrein van het gemeenterecht als het economisch recht. Deze 'Rekommunalisierung' brengt onder meer mee dat bij concessieverlening in het kader van het energierecht diverse aspecten van algemeen belang worden meegewogen, aldus Logemann-Prunk, die daarmee aansluiting vindt bij wat Gormley als opvallende ontwikkeling in het Europees aanbestedingsrecht waarneemt. *Gijsbert Vonk* staat stil bij een organisatorische ontwikkeling op het gebied van de sociale zekerheid: de decentralisatie, op basis van de gedachte van eigen verantwoordelijkheid en de participatiesamenleving. Vonk schrijft optimistischer te zijn dan zijn voorganger Frits Noordam (bovendien heeft Dick al het basisinkomen in de vorm van AOW gerealiseerd), maar in zijn beschouwing voert de blues toch de boventoon.

Algemeen bestuursrecht

Meerdere auteurs benadrukken de brede juridische blik van Dick: zelfs als expert op het terrein van het ruimtelijkeordeningsrecht heeft hij zich nooit opgesloten binnen de grenzen van dit bijzondere deel van het bestuursrecht, en zelfs niet binnen de grenzen van het algemeen deel van laatstgenoemd rechtsgebied. Veel van z'n studies zijn daarentegen grensoverschrijdend en grenzenslechtend.

Hoe relevant een dergelijke attitude is, wordt uiteengezet door *Gradus Vrieze*, wiens bijdrage daarom juist niet tot het bestuursrecht is beperkt. Aan de hand van een *Opinion van de Consultative Council of Judges in Europe* spreekt Vrieze zijn voorkeur uit voor een generalistische (bestuurs)rechter boven een gespecialiseerde. Hij ruimt een aantal mis-

verstanden over de wenselijkheid en noodzakelijkheid van gespecialiseerde rechters uit de weg. Hij toont het werk van Dick als voorbeeld van hoe bevruchtend het is wanneer juristen uit verschillende vakgebieden van elkaars werk kennismaken. Illustratief zijn het schadevergoedings- en nadeelcompensatierecht en het bestraffende recht, die in de volgende drie bijdragen centraal staan.

Kars de Graaf, *Bert Marseille* en *Derek Sietses* schrijven over de problemen die zijn verdwenen door invoering van de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure ter verkrijging van schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen in titel 8.4 Awb. Tegelijkertijd vragen zij aandacht voor de gebleven problemen en met name ook voor de nieuwe problemen die toepassing van de verzoekschriftprocedure voor de gebruikers daarvan met zich brengt. *Bruno van Ravels* bespreekt de wenselijkheid van het gebruik van een algemene handreiking met concrete objectieveerbare criteria voor de beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie op grond van de nog niet in werking getreden titel 4.5 Awb, zoals bepleit door werkgeversorganisaties. Hij heeft oog voor de voordelen van een dergelijke handreiking, maar waarschuwt tegelijkertijd voor overdreven verwachtingen. In elk geval heeft het naar de mening van Van Ravels geen zin de inwerkingtreding van de nieuwe nadeelcompensatieregeling te laten afhangen van de totstandkoming van een handreiking.

Het raakvlak tussen bestuurs- en strafrecht komt naar voren in de bijdrage van *Kirsten van Leeuwen* en *Frank Vermeer* over de functionele dader in het kader van bestuurlijke herstelsancties. Hun bevinding is dat de bestuursrechter zich onvoldoende oriënteert op het strafrecht, dat een vergeleken met het bestuursrecht specifiekere begrippenkader hanteert en scherper criteria kent.

Net als Vrieze en Van Leeuwen en Vermeer – en onder verwijzing naar het werk van Dick – betoogt *Heinrich Winter* dat bestuursrechtjuristen er verstandig aan doen verder te kijken dan hun vakgebied in enge zin. Vanuit een gecombineerd perspectief van juridische zuiverheid en begrijpelijkheid voor de burger onderzoekt hij of de termen gegrond en ongegrond (en niet-ontvankelijk) voor de bezwaarschriftprocedure adequaat zijn. Nee, aldus Winter.

3 Slot: andere markante zaken

De belangrijkste reden waarom sprake is van een bijzonder liber heeft als gezegd te maken met Dick Lubach zelf. Waar het gaat om Dick als wetenschapper – bezig met onbegrensde rechtsbeoefening – is dit inmiddels helder. Maar er is meer: ook als persoon heeft Dick opvallende eigenschappen. Voor velen is hij een loyale, betrouwbare collega en een aimabel man. Voor sommigen, die hem dan vaak al geruime tijd kennen (zeker Kees en Ineke Lambers moeten hier worden genoemd), is Dick ook en vooral een echte vriend. Eigenlijk zou over de persoon van Dick nog een afzonderlijke bundel geschreven moeten worden.

De inhoud van de bundel over de persoon Dick dient zich als vanzelf aan. Er zou een (eerste) deel over auto's in staan. Over de auto's van Dick zelf, met een prominente plaats voor Saab en dan met name de cabrio. Met een verhaal over de parkeerplaats van Van der Valk te Zuidbroek, waar Dick werd aangesproken door vlotte artsen en zakenlieden die Dick als vanzelf tot hun eigen soort rekenden en ervan uitgingen dat Dick zich bij hen zou voegen voor een potje scheuren op Autobahn A31. Ongetwijfeld zou de bundel ook bijdragen bevatten waarin de auteurs hoog opgeven over de door Dick (uit eigen beweging) aangeboden hulp bij de aanschaf van hun auto. Een conclusie zou hier zijn

dat het gerucht dat gebruikmaking van een advies van Dick in een miskoop pleegt te resulteren volstrekt op een misverstand berust.

In de bundel zou ook een (tweede) deel staan over Dick als Noordeling: iemand die duidelijk de voorkeur geeft aan Scandinavië (en Canada!) boven Zuidelijke landen. In dit deel zouden onder meer reisverhalen zijn opgenomen, vergezeld van auto- en vliegervaringen, waaronder de ervaring van Dick dat de jetlag na een Westwaartse Trans-Atlantische vlucht geheel wordt ondervangen door de jetlag na een Oostwaartse Trans-Atlantische vlucht, mits de heen- en de terugreis binnen een en hetzelfde weekend worden ondernomen.

Ook zou er een (derde) deel zijn waarin Dick wordt getypeerd als liefhebber van eigentijdse technische mogelijkheden. Met zijn aanschaf van zonnepanelen en een hybride plug-in auto – hybride plug-in vliegtuigen bestaan nog niet – vindt Dick aansluiting bij de groeiende duurzaamheidsbeweging. Met internet kan hij zo goed overweg, dat hij in een handomdraai achter een beeldscherm in Canada fysiek ongezien een huis in het Groningse Garnwerd koopt.

Voor een bundel over de persoon van Dick zelf, die verder over boten, honden en het platteland zou gaan, is het echter nog veel te vroeg. Niet alleen moeten nog veel gebeurtenissen plaatsvinden; ook moet Dick nog regelmatig gewoon aan het werk!

Deel I

Omgevingsrecht

2 Gebiedsgerichte normstelling als de echte winst van de Omgevingswet

Arjan Bregman¹

1 Inleiding

In oktober 2011 verscheen het rapport ‘Omgevingsrecht en het proces van gebiedsontwikkeling’ van het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL).² Op pagina 8 van dit rapport wordt een naar de mening van ondergetekende belangrijke conclusie getrokken ten aanzien van de aard van de (vermeende) knelpunten van het huidige omgevingsrecht voor het proces van gebiedsontwikkeling: ‘Het is maar zeer beperkt de complexiteit van het omgevingsrecht die de planoptimalisatie beperkt. De restrictiviteit van het omgevingsrecht – de beperkingen die het oplegt – is daarvoor meer bepalend. Die restrictiviteit neemt toe met een toenemend aantal omgevingsrechtelijke beperkingen.’

Dergelijke omgevingsrechtelijke beperkingen worden met name dan als een probleem ervaren, indien aan zowel publieke als private zijde de wens bestaat om een bepaald gebied te (her)ontwikkelen en daarvoor in beginsel ook maatschappelijk draagvlak aanwezig is, terwijl de gebiedsontwikkeling in de vorm zoals door de initiatiefnemers gedacht, niet is toegestaan op grond van vigerende omgevingsrechtelijke beperkingen, in het bijzonder milieunormen.³

Het probleem van de ‘knellende milieunormen’ wordt al ruim 20 jaar onderkend.⁴ In het verleden zijn door de wetgever al diverse pogingen gedaan om middels wetsaanpassing te komen tot oplossingen voor wat samenvattend kan worden aangeduid als ‘knellende normen’. In 1993 is naar aanleiding van deze problematiek het project Stad & Milieu gestart.⁵ Dit project behelsde een samenwerkingsproject van het toenmalige Ministerie VROM, andere betrokken departementen, een aantal gemeenten, de VNG,

1 Deze bijdrage is ontleend aan een essay dat Arjan Bregman in februari 2014 in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu schreef ten behoeve van een bezinning over het thema ‘vrijwillige risicoacceptatie’. Daarbij dankt hij mr. A.Z.R. (Regina) Koning voor haar inhoudelijke reflectie en bijdrage aan het notenapparaat van bedoeld essay. De bronvermeldingen zijn in september 2014 geoptimaliseerd.

2 Niels Sorel, Edwin Buitelaar, Lia van den Broek, Maaïke Galle & Femke Verwest, *Omgevingsrecht en het proces van gebiedsontwikkeling*, Den Haag, PBL 2011.

3 Advies Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele Projecten (commissie Elverding), *Sneller en beter* (april 2008), p. 4 en p. 9-10. Dit advies heeft betrekking op grote infrastructuurprojecten. Zie ook A.A.C.J. Janssen, ‘Alle alarmbellen rinkelen’, *M&R* 2010, 213 e.v. Aan deze problematiek wordt ook aandacht gegeven in het rapport van de Vrom-Raad, *Dynamiek in gebiedsgericht milieubeleid* (Advies 075), juli 2009, p. 15-19.

4 Zie onder meer het rapport van de Werkgroep-Van Kemenade, *Bestuur in geding*, Haarlem 1997, en het rapport D.A. Lubach, C. Lambers & M. Scheltema, *Versnelling juridische procedures grote projecten*, (WRR) Den Haag: Sdu Uitgeverij Plantijnstraat 1994.

5 Zie voor meer informatie over dit project de website <http://www.ro-web.nl/2010/12/stad-en-milieu/>. Over deze wet ook M.N. Boeve, ‘De Interimwet stad-en-milieubenadering’, *TO* 2005, nr. 3.

het IPO en maatschappelijke belangenorganisaties. Het project⁶ richtte zich ‘op de spanning tussen enerzijds de doelstelling van een zuiniger ruimtegebruik en anderzijds de leefkwaliteit in het stedelijk gebied. Door de voorgestane concentratie van functies kan bijvoorbeeld een toename ontstaan van vervuiling en geluidhinder in de dagelijkse leefomgeving’.⁷ Het destijds gestarte project Stad & Milieu beoogde een oplossingsrichting te bieden voor die gesignaleerde spanning.⁸

Ook bij het totstandkomen van de Crisis- en herstelwet (Chw) was er aandacht voor omgevingsrechtelijke beperkingen.⁹ Bij sommige gewenste ruimtelijke ontwikkelingen, zo wordt in de MvT bij het wetsvoorstel geconstateerd, loopt de praktijk aan tegen milieurechtelijke grenzen.¹⁰ In de huidige wet- en regelgeving is, zo wordt daaraan toegevoegd, weinig ruimte voor bestuurders om in een dergelijk geval vanuit het bredere perspectief van duurzame ontwikkeling toch te kiezen voor de gewenste ontwikkeling.¹¹ De Crisis- en herstelwet streeft om die reden naar een situatie waarin er meer bestuurlijke ruimte ontstaat, zodat er voor bestuurders meer te kiezen valt.¹²

Een meer recente poging, hoewel met een specifieke focus buiten de gebiedsontwikkeling, is de ‘Wijziging van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en enkele andere wetten om de planologische status van gronden en opstallen bepalend te laten zijn voor de mate van milieubescherming alsmede om de positie van agrarische bedrijfs-woningen aan te passen (plattelandswoningen)’, die op 1 januari 2013 in werking is getreden.¹³

Deze wetsaanpassingen weerspiegelen een complex maatschappelijk vraagstuk. Omgevingsrechtelijke normen zijn immers niet voor niets tot stand gekomen. Ze strekken tot bescherming van de mens en van flora en fauna binnen de fysieke leefomgeving.¹⁴ Tegelijk bestaat vrijwel voortdurend het gevoel dat tenminste sommige normen onder omstandigheden onnodig zijn voor het bereiken van een aanvaardbare kwaliteit van de leefomgeving. Dit spanningsveld heeft onder meer geleid tot een zoektocht in de regelgeving. In deze bijdrage zal worden ingegaan op enkele belangrijke ontwikkelingen in wetgeving door middel waarvan is geprobeerd om een zeker evenwicht tussen de behoefte aan gebiedsontwikkeling enerzijds en de noodzaak van bescherming anderzijds te bereiken.

2 De stad- en milieubenadering

2.1 Inleiding

Zoals in de inleiding aangegeven heeft het probleem van de knellende milieunormen al lange tijd de aandacht. Het in het najaar van 1993 gestarte project Stad & Milieu had als

6 Zie de MvT op het wetsvoorstel Experimentenwet Stad en Milieu; *Kamerstukken II* 1997/98, 25 848, nr. 3, p. 2.

7 *Kamerstukken II* 2004/2005, 29 871, nr. 3, p. 1.

8 Zie ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25 848, nr. 3, p. 2 en 3.

9 Zie de MvT bij het wetsvoorstel Crisis- en herstelwet over ontwikkelingsgebieden, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 12 en 13.

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 12.

11 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 12.

12 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 12.

13 *Stb.* 2012/493.

14 Zie Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis & N.S.J. Koeman (red.), *Milieurecht*, Kluwer 2006.

uitgangspunt dat, onder de primaire verantwoordelijkheid van het lokaal bestuur, door middel van een integrale en gebiedsgerichte aanpak optimale leefkwaliteit en zuinig en doelmatig ruimtegebruik wordt gerealiseerd. Om dit te bereiken is de Stad & Milieubeknading¹⁵ opgebouwd uit drie opeenvolgende stappen:

- Stap 1 behelst het in een zo vroeg mogelijk stadium van de ruimtelijke planvorming op lokaal niveau integreren van milieubelangen, in combinatie met het zoveel mogelijk treffen van brongerichte maatregelen.
- Stap 2 is gericht op het maximaal benutten van de ruimte die de bestaande wetgeving reeds biedt. Voor deze eerste twee stappen is geen specifieke wettelijke basis nodig omdat ze juist het beter benutten van het bestaande juridische instrumentarium behelzen.
- Stap 3 biedt ten slotte de mogelijkheid om, indien met de eerste en tweede stap zuinig en doelmatig ruimtegebruik en optimale leefkwaliteit niet kunnen worden bereikt, onder bepaalde voorwaarden af te wijken van de wetgeving. Daarbij gaat het niet alleen om vastgelegde milieukwaliteitsnormen, maar kan ook worden afgeweken van procedurele en bevoegdheidsbepalingen. Omdat stap 3 het afwijken van wettelijke voorschriften behelst, is dat niet mogelijk zonder specifieke wettelijke basis.

2.2 De Experimentenwet Stad en Milieu

De Experimentenwet Stad en Milieu bood van 1 januari 1999 tot 1 januari 2004 een aantal experimentgemeenten de mogelijkheid om ten aanzien van de, in de bijlage bij de Experimentenwet, aangewezen gebieden af te wijken van milieukwaliteitsnormen met betrekking tot bodem, geluid, lucht en externe veiligheid.¹⁶ Uit de analyse bij de start van het project Stad & Milieu bleek namelijk dat met name de grenswaarden voor deze beleidsterreinen tot problemen kunnen leiden bij verstedelijking, bijvoorbeeld bij het bouwen van woningen langs (spoor-)wegen of nabij bestaande bedrijventerreinen.¹⁷

In een eerste tussenevaluatie van de Experimentenwet in september 2001 constateert de evaluatiecommissie een beweging in de richting van een op leefkwaliteiten georiënteerd beleid. Dit past volgens de evaluatiecommissie bij de behoefte om milieu niet langer geïsoleerd te bezien, maar juist te streven naar een beleid waarbij milieu, naast andere belangen, onderdeel wordt van het integrale beleid voor de leefomgeving. Het project Stad & Milieu sluit hier naadloos bij aan en is volgens de evaluatiecommissie een middel gebleken om het 'normdenken' te overstijgen en 'kwaliteitsgericht denken' te bevorderen.¹⁸

Op dezelfde plaats een tweede constatering van de commissie 'dat de problemen die gemeenten ondervinden bij de aanpak van probleemlocaties niet primair in de (hoogte van) normen gelegen zijn. Door slim te ontwerpen en de mogelijkheden die de wetgeving biedt optimaal te benutten zijn de meeste experimentgemeenten er in geslaagd om een stap 3-besluit te vermijden.'

15 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 848, nr. 3, p. 2 en 3 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 1 en 2.

16 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 2.

17 Ibid.

18 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 4

2.3 De Interimwet stad-en-milieubenadering

In het kabinetstandpunt¹⁹ naar aanleiding van de resultaten van de eerste evaluatie van de Experimentenwet wordt, in reactie op de constatering van de Evaluatiecommissie²⁰ dat een stap 3-besluit veelal vermeden kan worden, gesteld dat dit echter geenszins betekent dat de mogelijkheid om een stap 3-besluit te nemen overbodig is. Integendeel, deze mogelijkheid is de impuls geweest voor de ontwikkeling van de experimenteelgebieden en heeft de nodige creativiteit uitgelokt.²¹ De mogelijkheid van stap 3 is onmisbaar voor het succes van de Stad & Milieubenadering om twee redenen. 'Juist de mogelijkheid om af te wijken, heeft gemeenten ten eerste gestimuleerd om alle mogelijkheden van stap 1 en 2 te benutten.'²²

Ten tweede blijven er volgens het kabinet²³ situaties bestaan 'waarin stap 1 en 2 geen oplossingen (kunnen) bieden voor de door de gemeente geconstateerde belemmeringen, omdat nadat al het mogelijke overwogen is, milieukwaliteitsnormen nog steeds aan de gewenste ruimtelijke ontwikkelingen in de weg staan. Zonder de mogelijkheid van stap 3 zou in de gebieden minder kunnen worden bereikt dan met de mogelijkheid van stap 3. Oude stadswijken, verouderde industriegebieden en havengebieden in transitie zijn voorbeelden van typen gebieden die met behulp van de Stad & Milieubenadering inclusief stap 3 vernieuwd en verbeterd kunnen worden. Met stap 3 kan in agrarische gemeenten waar stankcirkels de mogelijkheden om te bouwen voor de eigen bevolking belemmeren ruimte voor woningbouw worden gecreëerd.

Hoewel het mogelijk is om zonder specifieke wettelijke grondslag stap 1 en 2 toe te passen (...) zijn stap 1 en 2 om bovengenoemde redenen veel minder effectief zonder wettelijke basis voor stap 3. De conclusie is daardoor gerechtvaardigd dat de behaalde resultaten zonder de afwijkingsmogelijkheid niet zouden zijn behaald'.²⁴

Dit heeft ertoe geleid dat in de Interimwet stad-en-milieubenadering de systematiek van de Experimentenwet met de drie stappen is overgenomen.²⁵ Wel is er een aantal wijzigingen doorgevoerd ten opzichte van de Experimentenwet. Zo is de toepassingsmogelijkheid van de afwijkingsbevoegdheid in dit wetsvoorstel niet beperkt tot het stedelijk gebied maar generiek van karakter en is de reikwijdte uitgebreid met stank en ammoniak.²⁶ Afwijking van milieukwaliteitsnormen met betrekking tot bodem, geluid en lucht en van wettelijke bepalingen met betrekking tot stank is toegestaan ten behoeve van het vestigen van milieugevoelige bestemmingen, zoals bijvoorbeeld woningen.²⁷ Dat

19 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XI, nr. 16, zoals samengevat in *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 4 e.v.

20 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XI, nr. 16, p. 3.

21 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XI, nr. 16, p. 2.

22 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XI, nr. 16, p. 2.

23 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XI, nr. 16, p. 2.

24 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 5. Aldus kan ook worden geconstateerd op basis van de evaluaties van de Experimentenwet Stad en Milieu als beschreven en onderschreven in de kabinetsbrief *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XI, nr. 16.

25 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 6-8.

26 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 8.

27 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 9.

betekent dat woningen kunnen worden gebouwd op locaties waar dat volgens de milieuwetgeving eigenlijk niet is toegestaan.²⁸

Dat laat onverlet, zo overweegt de regering in de MvT bij het wetsvoorstel voor de Interimwet stad-en-milieubenadering, dat een stap 3-besluit ook wenselijk kan zijn teneinde meer ruimte te bieden voor bedrijvigheid in relatie tot bestaande of nieuwe woningen, gericht op functiemenging: 'Dat speelt bijvoorbeeld bij de herstructurering van wijken, waar het toevoegen of uitbreiden van kleinschalige bedrijvigheid een bijdrage kan leveren aan optimale leefomgevingskwaliteit. Voorts is het denkbaar dat een stap 3-besluit wordt genomen bij de herstructurering van een bedrijventerrein in het stedelijk gebied, met name in de situaties dat de herstructurering betekent dat op delen van het bedrijventerrein meer een menging van wonen en werken wordt nagestreefd. Derhalve wordt de afwijkmogelijkheid ook geboden voor het vestigen of verplaatsen van kleinschalige bedrijvigheid'.²⁹

Ook bij de toepassing van de Interimwet blijft het uitgangspunt dat zo mogelijk maatregelen aan de bron worden genomen, hetgeen tot uitdrukking komt in de eerste stap van de Stad & Milieubenadering.³⁰

De Interimwet is niet bedoeld voor alle denkbare situaties waarin ambities ter zake van gebiedsontwikkeling enerzijds en milieunormen anderzijds knellen. Het desbetreffende project dient volgens de MvT uitdrukkelijk een gebiedsgericht revitaliseringsproject te zijn, waarbij sprake is van kleinschalige industriële of ambachtelijke activiteiten. Het is niet de bedoeling 'om functiemenging te bewerkstelligen tussen milieugevoelige bestemmingen en grootschalige industriële activiteiten'.³¹

3 Het gebiedsontwikkelingsplan

3.1 Het gebiedsontwikkelingsplan in de Crisis- en herstelwet

Teneinde de economische crisis en zijn gevolgen te bestrijden en een goed en duurzaam herstel van de economische structuur van Nederland te bevorderen, is de Crisis- en herstelwet tot stand gekomen en op 31 maart 2010 in werking getreden.³² Deze wet is gericht op de versnelling van infrastructurele projecten en andere grote bouwprojecten en op projecten op het gebied van duurzaamheid, energie en innovatie.³³

Een van de nieuwe instrumenten op grond van de Crisis- en herstelwet die relevant is in het kader van het onderwerp 'afwijken van milieunormen' is het gebiedsontwikkelingsplan. In de MvT bij de Crisis- en herstelwet wordt hierover het volgende opgemerkt: 'Bij sommige gewenste ruimtelijke ontwikkelingen loopt men aan tegen milieurechtelijke grenzen. In de huidige wet- en regelgeving is er weinig ruimte voor bestuur-

28 Ibid.

29 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 9.

30 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 1 en 9.

31 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 9.

32 Zie de MvT op het wetsvoorstel Crisis- en herstelwet, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 2. Daarmee wordt aangesloten bij het Aanvullend beleidsakkoord (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 070, nr. 24) waarin gerichte investeringen en stimuleringsmaatregelen zijn aangekondigd. De investeringen en stimuleringsmaatregelen zijn noodzakelijk waaronder investeringen in (onderhoud van) infrastructuur en (versnelde) bouw, aldus in het Aanvullend Beleidsakkoord (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 070, nr. 24, p. 7).

33 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 2 e.v.

ders om in een dergelijk geval vanuit het bredere perspectief van duurzame ontwikkeling toch te kiezen voor de gewenste ontwikkeling. Er moet immers binnen de bestaande wettelijke randvoorwaarden worden beslist. In sommige situaties zou het echter wenselijk kunnen zijn dat bestuurders over meer mogelijkheden beschikken om milieuruimte voor de gewenste ruimtelijke ontwikkelingen vrij te maken.³⁴

De verhouding tussen de Stad & Milieubenadering zoals geschetst in de vorige paragraaf en het instrument gebiedsontwikkelingsplan, wordt in de MvT bij de Crisis- en herstelwet als volgt getypeerd: 'Uitgangspunt is dat de nieuwe ontwikkelingen mogelijk worden gemaakt met de in wetgeving vastgelegde milieukwaliteit. Bestuurders hebben thans nauwelijks aangrijpingspunten om de situatie te wijzigen. Bestuurders krijgen door gebruik te maken van een gebiedsontwikkelingsplan meer mogelijkheden om milieuruimte voor gewenste ruimtelijke ontwikkelingen vrij te maken. Een bestuurder kan op basis van dit plan eisen dat bestaande bedrijven hun milieubelasting terugdringen of dat de veroorzaker maatregelen neemt om de milieubelasting terug te dringen, bijvoorbeeld door het plaatsen van een geluidscherm. Leidraad is het mogelijk maken van gebiedsontwikkelingen met behoud van de gewenste milieukwaliteit. In de Interimwet stad-en-milieubenadering is een procedure opgenomen die het mogelijk maakt uiteindelijk af te wijken van bepaalde normstelling. Dat is een ander uitgangspunt. Niettemin kan in principe de Interimwet stad-en-milieubenadering ook worden toegepast in gebieden die worden aangewezen om te experimenteren met een gebiedsontwikkelingsplan. Dat betekent dan wel dat de procedurele stappen uit de Interimwet stad-en-milieubenadering moeten worden doorlopen.'³⁵

Uit deze passage in de MvT bij de Crisis- en herstelwet kan de indruk ontstaan dat afwijken van bestaande milieunormen door middel van een gebiedsontwikkelingsplan niet tot de mogelijkheden behoort. Dat is volgens Brans en Ellerman³⁶ echter niet het geval. Een belangrijk voordeel van het gebiedsontwikkelingsplan is nu juist dat daarin van milieukwaliteitsnormen mag worden afgeweken.³⁷ In de Crisis- en herstelwet is in artikel 2.3 lid 7 wel limitatief voorgescreven om welke wettelijke regelingen het hierbij gaat: de Flora- en faunawet, Natuurbeschermingswet, Ontgrondingenwet, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo, gedeeltelijk), Wet ammoniak en veehouderij, Wet bodembescherming, Wet geluidhinder, Wet geurhinder en veehouderij, Wet inzake de luchtverontreiniging en Wet milieubeheer (met enkele uitzonderingen).

In de literatuur wordt gesteld dat de maximale afwijkingen van de milieunormen al in het gebiedsontwikkelingsplan zelf en niet pas in de uitvoeringsbesluiten (omgevingsvergunningen) moeten worden begrensd.³⁸

3.2 Van gebiedsontwikkelingsplan naar bestemmingsplan

Bij het wetsvoorstel waarbij de Crisis- en herstelwet permanent is gemaakt,³⁹ is ook een aantal inhoudelijke wijzigingen in de Crisis- en herstelwet en in andere wetten aange-

34 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 12.

35 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 14.

36 M.C. Brans & J.C. Ellerman, *Projectontwikkeling onder de Crisis- en herstelwet, Een praktische handleiding* (IBR Cahiers nr. 4), Den Haag: IBR 2010, p. 22.

37 Ibid.

38 A.G.A. Nijmeijer, 'Tijdelijk afwijken van milieukwaliteitsnormen. (Geen) zorgen voor morgen?', *TBR* 2010/6 en Brans & Ellerman a.w. 2010, p. 26.

39 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 135, nrs. 1/2.

bracht.⁴⁰ Een van die wijzigingen betreft het vervallen van het gebiedsontwikkelingsplan als zelfstandige planfiguur. In de praktijk, zo vermeldt de MvT⁴¹ bij het wetsvoorstel voor het permanent maken van de Crisis- en herstelwet, blijkt het niet helder of het een onderdeel van het bestemmingsplan betreft of een zelfstandig, met het bestemmingsplan samenhangend, plan. In de praktijk zijn voorts ‘nauwelijks situaties denkbaar waarin de noodzaak tot het vaststellen van een gebiedsontwikkelingsplan bestaat zonder dat het onderliggende bestemmingsplan aangepast hoeft te worden’.⁴² Indien een voorgenomen gebiedsontwikkeling immers past in het vigerende bestemmingsplan, betekent dit in de regel dat milieuregels geen hindernis waren om het bestemmingsplan zo vast te stellen en zal vergunningverlening op basis van dit plan probleemloos kunnen plaatsvinden. Incorporatie van het gebiedsontwikkelingsplan in het bestemmingsplan maakt dat ook niet langer twee afzonderlijke procedures behoeven te worden gevoerd.

De wettelijke regeling zoals deze sinds het permanent worden van de Crisis- en herstelwet luidt, biedt derhalve de mogelijkheid om het bestemmingsplan in afwijking van de normaliter geldende normen vast te stellen. Zo is het mogelijk om, in beginsel in strijd met de Wet geluidhinder, aan bepaalde gronden een woonbestemming toe te kennen. Het bestemmingsplan moet dan de maatregelen aangeven die ervoor zorgen dat die woonbestemming op termijn (uiterlijk na tien jaar) wel past binnen de kaders van de Wet geluidhinder (artikel 2.2 jo. 2.3 lid 7 Chw). Het bestemmingsplan moet op grond van de Wro binnen tien jaar geactualiseerd worden (artikel 3.1 lid 2 Wro). Het geactualiseerde plan moet dan uiteraard voldoen aan de wettelijke normen. Ook moet het nieuwe bestemmingsplan zo worden ingericht dat afwijkingen van normen die onder het overgangsrecht van het bestemmingsplan geplaast worden, worden bestreden.⁴³

4 De introductie van de plattelandswoning

Op 1 januari 2013 is de ‘Wijziging van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en enkele andere wetten om de planologische status van gronden en opstallen bepalend te laten zijn voor de mate van milieubescherming alsmede om de positie van agrarische bedrijfswoningen aan te passen (plattelandswoningen)’ in werking getreden.⁴⁴

Een eerste aanzet tot deze wetswijziging werd gegeven in de Initiatiefnota ‘Beter wonen op het platteland, Introductie van de ‘plattelandswoning’ in de Wet milieubeheer’.⁴⁵ De opsteller van deze nota, het Kamerlid Van Heugten, omschrijft de problematiek die aan zijn nota ten grondslag ligt in de nota als volgt: ‘Door fusie en schaalvergroting zijn er duizenden woningen van agrariërs waarvan de kas of het land zijn afgesplitst en bijvoorbeeld bij het bedrijf van de burens gevoegd. Die woningen vallen tussen wal en schip. De voormalige boerderijen zijn geen bedrijfswoningen, want door de splitsing behoort geen functionerend bedrijf meer bij de woning. Het zijn ook geen ‘gewone’ burgerwoningen, omdat ze volgens de wet bijvoorbeeld te dicht op de stal, de kas of de schuur van de burens staan, zodat het wijzigen van het bestemmingplan niet mogelijk is

40 Zie voor een overzicht van de wijzigingen het redactioneel van A.Z.R. Koning, ‘Wat verandert er wel met de permanente Crisis- en herstelwet?’, *Actualiteiten Bouwrecht* (digitale E-zine IBR), publicatiedatum 11-1-2012.

41 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 22.

42 *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 135, nr. 3, p. 22-23.

43 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 23.

44 Publicatie *Stb.* 2012/493 en inwerkingtreding *Stb.* 2012/571.

45 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 030, nr. 2.

zonder beperkingen aan het agrarisch buurtbedrijf op te leggen. Voor burgerwoningen gelden namelijk op het gebied van o.a. geluidhinder en fijnstof veel strengere normen dan voor bedrijfswoningen. Een agrariër die stopt met zijn bedrijfsvoering mag er dus formeel niet blijven wonen. De woning verkopen zit er ook niet in; wie wil er immers een huis waarin je niet mag wonen? (...).⁴⁶ 'Kiest de gemeente voor legalisatie van de burgerbewoning middels een bestemmingsplanwijziging, dan zal het in de nabije omgeving gelegen agrarisch bedrijf bezwaar maken, omdat hij door de komst van de burgerwoning in zijn bedrijfsvoering wordt beperkt. Van gemeenten wordt verwacht dat zij een onderzoek verrichten en een goede motivatie voorhanden hebben voordat zij tot een bestemmingsplanwijziging overgaan. Bij het omzetten van een agrarische woning naar burgerwoning zal een goed woon- en leefklimaat gegarandeerd moeten worden. De Wgv geeft de gemeente de ruimte om in de verordening geurnormen vast te stellen die zij voor het gebied acceptabel acht. Indien de agrariër in het gelijk wordt gesteld, hetgeen niet ondenkbaar is aangezien het bedrijf in de toekomst mogelijk in zijn uitbreidingsmogelijkheden en bedrijfsvoering wordt beperkt, rest de gemeente niets anders dan op te treden tegen de illegale situatie. Het doorzetten van een bestemmingsplanwijziging door een gemeente zal door de belemmeringen voor de uitbreidingsmogelijkheden van het agrarische bedrijf en de hoge planschade zelden worden toegepast.'⁴⁷ In de MvT bij het wetsvoorstel voor introductie van de plattelandswoning wordt verwezen naar de Initiatiefnota en wordt hierbij aangetekend 'dat dit niet automatisch betekent dat vanuit een oogpunt van milieu of ruimtelijke ordening sprake is van een knelpunt: de bewoner heeft er immers zelf (al dan niet bewust) voor gekozen om de woning in strijd met het bestemmingsplan te bewonen, en aanvaardt daarmee de mogelijkheid dat die situatie zal (moeten) worden beëindigd'.⁴⁸ Op grond van de wettelijke regeling inzake plattelandswoningen worden dergelijke woningen, zijnde (voormalige) agrarische bedrijfswoningen die (tevens) door derden mogen worden bewoond, na inwerkingtreding van de regeling niet meer beschermd tegen milieugevolgen van het naastliggende bedrijf.

Over de relatie met de Interimwet stad-en-milieubenadering wordt in de Initiatiefnota onder meer het volgende opgemerkt: 'Door toepassing van de Interimwet stad-en-milieubenadering kan van landelijk geldende milieuregels worden afgeweken, maar dit zal slechts in zeer specifieke gevallen worden toegepast. De eisen die in de Interimwet worden gesteld zijn zodanig hoog, dat het in het algemeen niet gewenst is deze procedure voor de ontwikkeling in het landelijk gebied aan te wenden. De Interimwet dient niet toegepast te worden bij reeds bestaande problemen en knelpunten; de mogelijkheid om af te wijken mag slechts met terughoudendheid worden toegepast'.⁴⁹

Tijdens een wetgevingsoverleg in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel tot introductie van de plattelandswoning in de Eerste Kamer op 4 juni 2012 hebben enkele Kamerleden aangegeven het wetsvoorstel te willen verbreden tot alle bedrijfswoningen, dus ook niet-agrarische.⁵⁰ De minister gaf in een brief aan de Tweede Kamer in reactie hierop aan positief te staan tegenover deze verbreding.⁵¹ Wel is zij van mening 'dat de consequenties hiervan, onder meer voor externe veiligheid en risiconormering,

46 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 030, nr. 2, p. 2.

47 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 030, nr. 2, p. 6/7.

48 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 078, nr. 3, p. 3.

49 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 030, nr. 2, p. 14.

50 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 078, nr. 9, p. 8.

51 *Zie Kamerstukken II* 2011/12, 33 078, nr. 8, p. 1.

eerst goed gezien moeten worden.⁵² Dit is voor de niet-agrarische bedrijfswoningen nog niet gebeurd, omdat het wetsvoorstel gericht is op de specifieke problematiek op het platteland'.⁵³ Zo werd in het wetgevingsoverleg besproken 'dat in ieder geval de randvoorwaarden ten aanzien van externe veiligheid en risiconormering zullen blijven gelden. Dit vergt een aanpassing van de regelgeving op dat terrein, in ieder geval van het Besluit externe veiligheid inrichtingen (BEVI), voordat een met niet-agrarische bedrijfswoningen verbrede wetswijziging in werking zou kunnen treden'.⁵⁴

In het wetgevingsoverleg werd verder geconstateerd dat de komende Omgevingswet een beter middel lijkt om dit doel te bereiken.⁵⁵ De minister heeft toegezegd het te zullen betrekken bij de vormgeving van de Omgevingswet.⁵⁶

5 Naar een werkbare regeling voor gebiedsgerichte normstelling in de Omgevingswet

In de vorige paragrafen is een overzicht gegeven van een voortgaande zoektocht naar een verantwoord evenwicht tussen de behoefte aan maatschappelijk gewenste ruimtelijke ontwikkelingen enerzijds en een bescherming van het leefmilieu binnen de vigerende milieunormen anderzijds.

Wat in de voorgaande beschrijving van deze zoektocht in de eerste plaats opvalt, is de voorzichtigheid waarmee de afwijking van omgevingsrechtelijke normen mogelijk wordt gemaakt. Dat is begrijpelijk en verstandig. In de inleiding van deze bijdrage werd reeds opgemerkt dat deze normen strekken tot bescherming van de mens en van flora en fauna binnen de fysieke leefomgeving, waarop we nauwelijks zuinig genoeg kunnen zijn.

Deze voorzichtigheid heeft zich in juridische zin met name vertaald in het stellen van tamelijk stringente voorwaarden, die zich de ene keer vertalen in het eerst moeten verkennen van oplossingen die wel passen binnen de vigerende normen (Experimentenwet en Interimwet stad-en-milieubenadering) en de andere keer de afwijking begrenzen in de tijd (Chw). Eerst bij de plattelandswoning wordt de mogelijkheid geschapen om permanent van milieunormen – in dit geval geurnormen – te mogen afwijken.

Ondanks dat voorzichtigheid bij de afwijking van omgevingsrechtelijke normen steeds het uitgangspunt dient te zijn, lijkt het verantwoord om een bredere toepassing van de gedachte achter de wettelijke regeling inzake de plattelandswoning te overwegen. Zoals in de MvT bij het wetsvoorstel voor de introductie van de plattelandswoning kan worden gelezen, betekent normoverschrijding niet dat vanuit een oogpunt van milieu of ruimtelijke ordening sprake is van een knelpunt, omdat de bewoner er immers zelf (al dan niet bewust) voor heeft gekozen om de woning in strijd met het bestemmingsplan te bewonen, en omdat deze daarmee de mogelijkheid aanvaardt dat die situatie zal (moeten) worden beëindigd.

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat het overschrijden van omgevingsrechtelijke normen uit het oogpunt van milieu of ruimtelijke ordening geen probleem hoeft te betekenen, indien belanghebbenden er bewust voor kiezen om een normoverschrijding te accepteren vanwege juist de overige omgevingskwaliteiten van de betreffende locatie.

52 Ibid.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 078, nr. 9, p. 28 en 32.

56 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 078, nr. 8, p. 1.

Zo is het denkbaar dat bepaalde groepen om die reden zouden willen wonen in een havengebied of in de nabijheid van bepaalde geluidsbronnen of op plaatsen met een zekere mate van geurhinder. Vaak gaat het om locaties die binnenstedelijk zijn gesitueerd en derhalve in het licht van de SER-ladder voor verstedelijking prioritair zijn.

Gelet op deze maatschappelijke werkelijkheid, waarin burgers in toenemende mate bewuste keuzes maken, kan de vraag of er in de Omgevingswet ruimte moet komen voor afwijking van omgevingsrechtelijke normen om te voorkomen dat burgers door milieunormen worden beschermd ‘tegen wil en dank’ dan ook in beginsel positief worden beantwoord. Tegelijk is het noodzakelijk om de nodige wettelijke waarborgen te scheppen, met name gelet op (a) de herkomst van omgevingsrechtelijke normen en (b) de strekking van omgevingsrechtelijke normen. Op beide kenmerken van normen zal hierna nader worden ingegaan.

a. De herkomst van normen

Sommige normen worden rechtstreeks opgelegd op grond van Europese regelgeving. Te denken valt onder meer aan normen inzake luchtkwaliteit.⁵⁷ Voor overschrijding van dergelijke normen op grond van een nationale wettelijke regeling als de Omgevingswet is – gesteld al dat burgers bewust zouden kiezen om te wonen op plaatsen waar dergelijke normen worden overschreden – juridisch gezien in beginsel geen ruimte. Voor het oplossen van problemen met dergelijke normen op concrete locaties, wordt gekozen voor een programmatische aanpak, saldering en compensatie. Dat zijn tot op heden op zichzelf goede mogelijkheden gebleken om op diverse plekken voor gebiedsontwikkeling blokkerende normen anders toe te passen, maar dit zijn geen mogelijkheden die zich richten op het toestaan van normoverschrijding sec vanuit de gedachte dat normoverschrijding acceptabel kan zijn indien deze *ter plaatse* wordt gecompenseerd door *andere* omgevingskwaliteiten.

b. De aard van de normen

Omgevingsrechtelijke normen die zich richten op de bescherming van flora en fauna zijn normen die bezwaarlijk kunnen worden opgevat als normen die onder bepaalde omstandigheden beschermen ‘tegen wil en dank’. Flora en fauna zijn immers niet in staat om hun wil kenbaar te maken en kunnen derhalve ook niet akkoord gaan met normoverschrijding. Wel biedt de Flora- en faunawet mogelijkheden om natuurwaarden die worden aangetast, te compenseren. Compensatie kan bestaan uit het verbeteren van de bestaande leefgebieden van planten- en diersoorten die schade ondervinden van een gebiedsontwikkeling, of uit het ontwikkelen van nieuwe leefgebieden. Het verwerven (indien nodig), inrichten en langdurig beheren van de daarvoor aangewezen gronden hoort ook bij de compensatie.⁵⁸ Van deze mogelijkheden wordt nu reeds gebruik gemaakt, maar daarbij krijgt flexibiliteit door compensatie geen gestalte door middel van *compensatie door andere omgevingskwaliteiten ter plaatse*, maar door het realiseren van een verbeterde c.q. een vergelijkbare kwaliteit op het betreffende (natuur)aspect *elders*. Ge-

57 Zie voor een uiteenzetting van de Europese regelgeving de website Compendium voor de Leefomgeving (<http://www.compendiumvoordeleefomgeving.nl/indicatoren/nl0237-Nationale-luchtkwaliteit:-overzicht-normen.html?i=14-65>).

58 Zie www.rijkswaterstaat.nl/water/wetten_en_regelgeving/natuur_en_milieuwetten/Natuurcompensatie/

biedsgerichte normstelling is ook minder goed voorstelbaar voor omgevingsrechtelijke normen op het gebied van externe veiligheid.

Bij normen die primair dienen om aantasting van het leefcomfort dat een bepaald aspect betreft te begrenzen, is daarentegen wel voorstelbaar dat deze worden betrokken in een discussie over de mogelijkheden voor gebiedsgerichte normstelling. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan normen op het gebied van geluid- en geurhinder.

Een vervolgvraag is op welke wijze de mogelijkheid om voor dergelijke op leefcomfort gerichte normen op gebiedsniveau te kunnen afwijken, juridisch kan worden vormgegeven. Daarbij is naar de mening van ondergetekende cruciaal dat de rechtvaardiging voor de afwijking wordt gevonden in de veronderstelde belangstelling van burgers om ondanks de normoverschrijding toch in het betreffende gebied te willen wonen (of anderszins te willen verblijven), gelet op andere omgevingskwaliteiten dan die welke door de betreffende norm worden beschermd. De kerngedachte van het willen accepteren van de normomschrijving is dan hierin gelegen, dat de betreffende locatie ook bij overschrijding van de betreffende norm per saldo nog een acceptabele omgevingskwaliteit biedt. Dit omdat andere omgevingskwaliteiten kennelijk in ruime mate aanwezig zijn.

Een belangrijk aandachtspunt is wie op welke wijze moet aantonen dat overschrijding van een bepaalde omgevingsrechtelijke norm in een bepaald gebied acceptabel is. Wat het eerste betreft: het ligt voor de hand dat het bevoegd gezag voor de vaststelling van het omgevingsplan en de verlening van de omgevingsvergunning (al dan niet in afwijking van het omgevingsplan) besluit omtrent het afwijken van de betreffende norm. De wijze waarop het bevoegd gezag moet aantonen dat de overschrijding acceptabel is vraagt een wettelijke regeling op meerdere niveaus. In de eerste plaats zal in de Omgevingswet zelf een 'generieke gelijkwaardigheidsbepaling' moeten worden opgenomen, dat in planologische maatregelen kan worden afgeweken van normen die strekken tot het voorkomen van aantasting van het leefcomfort, mits het bevoegd gezag van oordeel is dat alle aanwezige omgevingskwaliteiten tezamen per saldo leiden tot een goede leefomgeving. Een dergelijke motivering kan een bevoegd gezag bij voorbeeld ontleenen aan onderzoeken waaruit een brede belangstelling van burgers voor een voorgenomen gebiedsontwikkeling blijkt of aan vergelijkbare gebiedsontwikkelingen elders (in Nederland dan wel in andere landen met een vergelijkbaar rechtstelsel). Gelijkwaardigheid kan daarbij vanuit verschillende invalshoeken worden aangenomen: landschappelijke kwaliteiten (zoals bij de plattelandswoning), een aantrekkelijk stedelijk milieu (zoals bij een 'havenwoning') of bijzondere historische kwaliteiten (zoals tot woningbouw getransformeerd industrieel erfgoed). Daarbij kan het bevoegd gezag, indien bij de motivering voor de afwijking overwegingen van specialistische aard een rol spelen, zich (mede) baseren op adviezen van deskundigen. Steeds zal het gaan om maatwerkregels en maatwerkvoorschriften.

Die motivering kan vanzelfsprekend worden getoetst door de bestuursrechter. Uit de MvT bij de Omgevingswet dient echter duidelijk te zijn dat het blokkeren van het plan vanwege het enkele feit van overschrijding van de norm waarvan afwijken wettelijk mogelijk is gemaakt, niet langer mogelijk is. Vernietiging door de rechter van een omgevingsplan dat is vastgesteld of een omgevingsvergunning die is verleend in strijd met de norm waarvan afwijking op grond van de Omgevingswet mogelijk is, kan alleen indien de rechter van oordeel is dat de door het bevoegd gezag gegeven motivering voor afwijking niet valide is. Naarmate de afwijking van de norm groter is, zullen aan de motivering van de afwijking hogere eisen worden gesteld.

Een aspect dat in dit verband ook de aandacht vraagt, is de positie van bedrijven die de

hinder als gevolg waarvan normoverschrijding plaatsvindt, veroorzaken. Door de komst van een gevoelige bestemming binnen hun hindercirkel, kunnen zij zich bedreigd voelen in hun (toekomstige) mogelijkheden voor bedrijfsvoering. Met het oog op de gerechtvaardigde belangen van deze bedrijven, is een regeling in de Omgevingswet denkbaar, waarbij burgers die belanghebbenden zijn binnen het gebied waarop de planologische maatregel waarbij van de norm wordt afgeweken betrekking heeft, zich op een later moment niet kunnen verzetten tegen de afwijking van de norm tot het niveau van de aan de betreffende bedrijven verleende omgevingsvergunningen (voor het gebruik van de betreffende inrichtingen), welk niveau hoger kan zijn dan het feitelijke hinderniveau vanwege nog ongebruikte milieugebruiksruimte.

Dan nog kunnen bedrijven zich tegen de normoverschrijding bij de vaststelling van een planologische maatregel voor een gebiedsontwikkeling in hun nabijheid verzetten, maar dergelijk verzet is alleen juridisch noodzakelijk indien bedrijven met de komst van gevoelige bestemmingen in hun nabijheid hun mogelijke uitbreidingsplannen waarvoor de bestaande milieugebruiksruimte ontoereikend is, bedreigd zien. Acceptatie door belanghebbenden van een hoger hinderniveau dan toegestaan (namelijk tot het niveau van de bestaande vergunningen) betekent immers niet dat bewoners ook nog grotere, toekomstige overschrijdingen als gevolg van bedrijfsuitbreidingen dienen te accepteren. Alle partijen moeten weten waar zij aan toe zijn.

Een dergelijke wederzijdse bescherming met een publiekrechtelijke verankering heeft ook (verre) de voorkeur boven de gedachte van een privaatrechtelijke borging, waarbij burgers 'tekenen' voor de acceptatie van een zekere normoverschrijding. Zo'n aanpak via het privaatrecht heeft onder meer als nadelen dat er problemen kunnen ontstaan bij rechtsopvolging en dat, ingeval van ondertekening van contracten met dergelijke bepalingen tussen bewoners en gemeente, bedrijven niet zijn gevrijwaard van procedures.

Ten slotte verdient het overweging om met het toepassen van het voorgaande in de praktijk niet volledig te wachten tot de inwerkingtreding van de Omgevingswet. In de eerste plaats kan door het aanwijzen van een aantal gebieden op grond van een experimenteerbepaling ervaring worden opgedaan, bij voorbeeld met afwijkingsmogelijkheden voor normen op het gebied van geur en geluid, in het bijzonder wat betreft het motiveren van afwijkingen. Indien in de praktijk blijkt dat daarbij een zeker patroon in de behoefte aan specialistische kennis blijkt, kan voor de Omgevingswet worden gedacht aan de instelling van een landelijke commissie van deskundigen die kennis heeft van de betreffende normen, van omgevingseffecten van overschrijdingen daarvan, die voorbeelden verzamelt en op die wijze kennis cumuleert. Middels aanpassing van de Crisis- en herstelwet kan een dergelijke experimenteerbepaling vrij gemakkelijk in het bestaande wettelijke instrumentarium worden ingepast.

Cruciaal is dat de Omgevingswet ten aanzien van het bovenstaande zodanig wordt ingericht, dat er ruimte komt voor maatwerk, om maatschappelijk breed gedragen gebiedsontwikkelingen mogelijk te maken die nu nog worden belemmerd door normen waarvan de beschermende werking evident nuttig is, maar niet altijd proportioneel is in het licht van andere gebiedskwaliteiten. Een mogelijkheid van gebiedsgerichte normstelling maakt het mogelijk te denken in integrale omgevingskwaliteit. Dat biedt mogelijk de grootste winst in de Omgevingswet.

3 Afwijken van normen in het omgevingsrecht: toen, nu en in de toekomst

Hanna Tolsma

1 Inleiding

In 1996 gaf Dick Lubach in een lezing voor de ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht zijn visie op het idee van de zogenoemde stad- en milieubenadering.¹ Deze benadering houdt kort gezegd in dat je van normen kunt afwijken mits het milieuverlies dat optreedt wordt gecompenseerd in termen van leefkwaliteit. Het betreft een oplossing voor het probleem bij de ontwikkeling van de ‘compacte stad’ waarbij gewenste ruimtelijke ontwikkeling belemmerd kan worden door milieunormering. Lubach plaatste een aantal juridische kanttekeningen bij dit concept, waaronder de volgende: normafwijking is in beginsel ongewenst vanuit het perspectief van gelijkheid en rechtszekerheid. Een derde die individueel nadeel ondervindt door afwijking van een norm die ook zijn belangen beschermt, zal in bepaalde gevallen schade vergoed moeten krijgen van de overheid en het voor de toepassing van het compensatiebeginsel cruciale begrip ‘leefkwaliteit’ moet nader worden uitgewerkt in verband met rechterlijke controle. Daarnaast stelde Lubach een meer principiële vraag aan de orde: is dit nu echt een goed en structureel instrument om het probleem van de compacte stad op te lossen? Zijn antwoord luidde: nee. ‘Het is een soort hardheidsclausule in de regelgeving, maar je moet het beleid en de ontwikkeling van de normstelling erop richten dat je daar op een gegeven moment geen behoefte meer aan hebt.’²

Deze woorden van Lubach zijn, bijna twee decennia later, nog steeds van betekenis in het huidige debat over de Omgevingswet. De spanning tussen gewenste ruimtelijke ontwikkeling en milieunormen bij gebiedsontwikkeling vormt volgens velen ook nu een knelpunt in het omgevingsrecht.³ Een oplossing is gewenst omdat bij de aanleg van windmolenparken of bij de transformatie van bedrijventerreinen naar woningbouw de milieunormen een belemmering vormen voor het streven naar een duurzame fysieke leefomgeving. In de literatuur en de praktijk bestaat discussie over de vraag of een algemene afwijkingsclausule een geschikt instrument is om het probleem van de knellende normen op te lossen. In de kabinetsbrief van 9 maart 2011, waarin de contouren van een toekomstige Omgevingswet zijn geschetst, is het idee van ‘positieve evenredigheid’ geïntroduceerd: ‘Indien het belang van de leefomgeving zich er niet tegen verzet, kan van individuele normen worden afgeweken, mits bepaalde belangen hierdoor niet onevenre-

1 D.A. Lubach, *Stad en milieu* (Vereniging voor Milieurecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Wil-link 1996, p. 2-11.

2 D.A. Lubach, *Stad en milieu* (Vereniging voor Milieurecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Wil-link 1996, p. 8.

3 F. de Zeeuw, F. Hobma & R. de Boer, *Knelpunten omgevingsrecht voor gemeenten*, Delft: TU Delft, 29 oktober 2012.

dig benadeeld worden.⁴ In een conceptversie van de Omgevingswet, die eind februari 2013 ter consultatie aan diverse organisaties is voorgelegd, ontbreekt de afwijkingsclausule echter.⁵ Daarmee is de discussie niet beëindigd. Zo benadrukt het Interprovinciaal Overleg in reactie op deze zogenoemde toetsversie Omgevingswet, dat gestreefd moet worden naar ruimte op wetsniveau om op basis van integrale belangenafweging te kunnen afwijken van sectorale normen.⁶

In deze bijdrage wordt gezien of en, zo ja, in hoeverre de wetgever in de loop der tijd rekening heeft gehouden met de door Lubach naar voren gebrachte juridische aandachtspunten bij het toekennen van een min of meer algemene bevoegdheid om af te wijken van normen.⁷ Eerst volgt een beknopte beschrijving van de bevoegdheid tot afwijken bij gebiedsontwikkeling in achtereenvolgens de Interimwet stad-en-milieubenadering, de Crisis- en herstelwet en de Omgevingswet (par. 2). Daarna volgt een beschouwing in het licht van de hierboven genoemde juridische kanttekeningen, welke verband houden met rechtszekerheid en rechtsbescherming (par. 3). Vervolgens wordt kort aandacht besteed aan de wenselijkheid van een algemene afwijkingsbevoegdheid in de Omgevingswet (par. 4). De bijdrage wordt afgesloten met enkele concluderende opmerkingen (par. 5).

2 Afwijken van normen ten behoeve van gebiedsontwikkeling

2.1 Interimwet stad-en-milieubenadering

De Interimwet stad-en-milieubenadering is sinds 2006 in werking en voorafgegaan door het project 'Stad en milieu' en de Experimentenwet Stad en Milieu (1998).⁸ De stad-en-milieubenadering beoogt het gemeentebestuur binnen een projectgebied meer ruimte te bieden voor een integrale afweging, waarbij de voor- en nadelen van een voorgestane ruimtelijke ontwikkeling onderling worden afgewogen, gericht op een optimale leefomgevingskwaliteit. De gemeenteraad kan ten behoeve van het vestigen van milieugevoelige bestemmingen en van het vestigen of verplaatsen van kleinschalige bedrijvigheid bij functiemenging van wonen en werken ten aanzien van een aangewezen projectgebied 'in het belang van zuinig en doelmatig ruimtegebruik en het bereiken

4 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 3, p. 13.

5 Volgens de regering zou een dergelijke regeling tal van uitzonderingen krijgen vanwege EU-verplichtingen, bovenregionale belangen, de keuze voor landelijke uniformiteit of omdat het huidige normensysteem op veel deelgebieden al bestuurlijke afwegingsruimte biedt (MvT ontwerp Omgevingswet Consultatieversie 28 februari 2013, p. 162.). Zie voor een algemene analyse van deze toetsversie: J.F. de Groot, A. de Snoo, J.C. Ellerman e.a., 'Toetsversie Omgevingswet: overzicht en aanbevelingen', *TBR* 2013, p. 631-651.

6 Voorlopige IPO-reactie Omgevingswet, brief van 6 mei 2013, p. 5. Ook de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (brief van 2 mei 2013) en de Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen (brief van 26 april 2013) zijn van oordeel dat het aspect bestuurlijke afwegingsruimte in de toetsversie van de Omgevingswet te weinig aandacht krijgt.

7 Andere instrumenten die ook flexibiliteit bieden, zoals de programmatische aanpak, onthefing, saldering en compensatie, blijven buiten beschouwing.

8 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 1-3; C.B.F. Kuijpers & H.P.M. Leijendekker-van Kaam, 'Ontwikkelingen en perspectieven rond het thema Stad en Milieu', *M en R* 1997, p. 228-232.

van optimale leefomgevingskwaliteit' afwijken van milieunormen op het gebied van bodem, geluid, stank en ammoniak.⁹ Een afwijkingsbesluit (stap 3) mag pas worden genomen nadat de stappen 1 en 2 zijn doorlopen. Stap 1 verlangt dat milieubelangen in een zo vroeg mogelijk stadium geïntegreerd worden in de ruimtelijke planvorming op lokaal niveau. Stap 2 is gericht op het maximaal benutten van de mogelijkheden die de bestaande wetgeving biedt.

Aan het afwijkingsbesluit zijn bepaalde eisen verbonden. Zo dient de milieukwaliteitsnorm of een ander wettelijk voorschrift waarvan wordt afgeweken in het besluit te worden opgenomen, evenals de vervangende norm, de termijn waarvoor de afwijking is toegestaan en de wijze waarop de nadelige gevolgen voor het milieu worden beperkt en voor zover nodig gecompenseerd.¹⁰ Ook zijn in de wet expliciet motiveringsvereisten opgenomen. In het besluit zal onder meer moeten worden beschreven op welke wijze belanghebbenden en bestuursorganen zijn betrokken bij de voorbereiding van het besluit en zullen de overwegingen van de gemeenteraad ten aanzien van naar voren gebrachte zienswijzen en adviezen moeten worden weergegeven.¹¹ Nadelige gevolgen voor het milieu die niet kunnen worden voorkomen of beperkt, dienen te worden gecompenseerd.¹²

Burgemeester en wethouders dienen het voornemen om het afwijkingsbesluit te nemen, te melden aan gedeputeerde staten. Pas daarna mag de gemeenteraad gebruik maken van de bevoegdheid tot afwijken. De procedure over het afwijkingsbesluit is gekoppeld aan de bestemmingsplanprocedure.¹³ Een van de voordelen is dat daarmee de uitvoering voor gemeenten vergemakkelijkt en dat de kring van belangstellende burgers die actief aan inspraak (kunnen) deelnemen groot is.¹⁴ Het bestuursorgaan dat belast is met de toepassing van de milieukwaliteitsnorm (of andere wettelijke voorschriften) waarvan wordt afgeweken, krijgt de gelegenheid om advies uit te brengen.¹⁵ Een afwijkingsbesluit kan algemeen verbindende voorschriften bevatten, omdat daarbij bijvoorbeeld ook andere milieukwaliteitsnormen kunnen worden gesteld. De wetgever heeft een uitzondering gemaakt op de hoofdregel dat tegen algemeen verbindende voorschriften geen beroep open staat: 'Gezien de zwaarwegende belangen die met een besluit omtrent goedkeuring van een besluit als bedoeld in de artikelen 2, 3 of 9 gemoeid zijn, is het niet aanvaardbaar dat een dergelijk besluit niet aan toetsing door de rechter zou kunnen worden onderworpen.'¹⁶ Overigens is vanwege de wijzigingen in het interbestuurlijke toezicht, anders dan voorheen, geen goedkeuring vereist van gedeputeerde staten.¹⁷ Beroep staat open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.¹⁸

9 Art. 2, 3 en 9 Interimwet stad-en-milieubenadering.

10 Art. 5 Interimwet stad-en-milieubenadering.

11 Art. 6 Interimwet stad-en-milieubenadering.

12 Art. 7 Interimwet stad-en-milieubenadering.

13 Art. 12 Interimwet stad-en-milieubenadering.

14 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 47.

15 Art. 12 Interimwet stad-en-milieubenadering.

16 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 52.

17 De Crisis- en herstelwet bevat enkele wijzigingen van de Interimwet stad-en-milieubenadering. De verplichting van burgemeester en wethouders om jaarlijks te rapporteren aan gedeputeerde staten over het afwijkingsbesluit (art. 17 Interimwet stad-en-milieubenadering) is vervallen gelet op de gewijzigde rol van gedeputeerde staten.

18 Bijlage 2 Awb, Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak, hoofdstuk 2, artikel 2.

2.2 Crisis- en herstelwet

Met de regeling van ontwikkelingsgebieden in de Crisis- en herstelwet (2010) beoogt de regering een oplossing te bieden voor situaties waarin gewenste ruimtelijke ontwikkeling wordt belemmerd door milieurechtelijke grenzen. Ruimte voor nieuwe initiatieven kan worden gerealiseerd door maatregelen waarmee het milieugebruik van bestaande activiteiten worden teruggedrongen, of extra maatregelen waardoor de totale milieugebruiksruimte in het gebied wordt vergroot. Op voordracht van de Minister van Infrastructuur en Milieu kan bij wijze van experiment een gebied voor de duur van ten hoogste tien jaar aangewezen worden als ontwikkelingsgebied bij AMvB (Besluit uitvoering Chw). Toepassing van de bepaling is beperkt tot bestaand stedelijk gebied, bestaand bedrijventerrein en het gebied voor de uitbreiding van de haven van Rotterdam. Een gebied kan worden aangewezen 'indien dat met het oog op het versterken van de duurzame ruimtelijke en economische ontwikkeling van dat gebied bijzonder aangewezen is'.¹⁹ Anders dan voorheen, dient voor een dergelijk gebied niet een afzonderlijk gebiedsontwikkelingsplan te worden vastgesteld.²⁰

Het bestemmingsplan dat betrekking heeft op de gronden in het aangewezen ontwikkelingsgebied dient aan een aantal vereisten te voldoen die eerder aan het gebiedsontwikkelingsplan werden gesteld, waaronder dat het 'is gericht op de optimalisering van de milieugebruiksruimte met het oog op het versterken van een duurzame ruimtelijke ontwikkeling van dat gebied in samenhang met het tot stand brengen van een goede milieukwaliteit'.²¹ De wet voorziet in de mogelijkheid om tijdelijk af te wijken van normen. Dat kan bijvoorbeeld nodig zijn in een overgangsfase waarin nog niet alle maatregelen genomen zijn. Het bestemmingsplan kan bestemmingen aanwijzen, regels stellen of maatregelen en werken toestaan in afwijking van bij AMvB aangewezen normen (waaronder de normen in de Natuurbeschermingswet, de Wet bodembescherming en de Wet geluidhinder).²² Bij AMvB kunnen regels worden gesteld over de maximale afwijking van milieukwaliteitsnormen. Vereist is dat tien jaar nadat het bestemmingsplan onherroepelijk is geworden, alsnog aan de bij of krachtens de wet gestelde milieukwaliteitsnormen wordt voldaan. Anders dan de Interimwet stad-en-milieubenadering biedt de Crisis- en herstelwet niet de mogelijkheid om structureel af te wijken van normen.²³ Indien na afloop van de termijn niet aan de norm is voldaan, dan moeten burgemeester en wethouders aangeven op welke wijze alsnog aan die norm zal worden voldaan. De betreffende bepaling (art. 2.3 lid 7 Chw) is ook van toepassing op besluiten die strekken ter uitvoering van het bestemmingsplan. Burgemeester en wethouders kunnen in bepaalde bij AMvB aangewezen categorieën besluiten pas een uitvoeringsbesluit in afwijking van regels nemen, indien het bestuursorgaan dat krachtens de betreffende wet bevoegd zou zijn heeft verklaard dat het daartegen geen bedenkingen heeft.

19 Art. 2.2 Chw.

20 Dit is gewijzigd met de Wet wijzigingen van de Crisis- en herstelwet en diverse andere wetten in verband met het permanent maken van de Crisis- en herstelwet en het aanbrengen van enkele verbeteringen op het terrein van het omgevingsrecht (Stb. 2013, 144). De onduidelijke relatie tussen het gebiedsontwikkelingsplan en het bestemmingsplan zorgde in de praktijk voor uitvoeringsproblemen (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 22).

21 Art. 2.3 lid 1 Chw. Deze bepaling is ingevolge art. 2.3a Chw van overeenkomstige toepassing op een provinciaal inpassingsplan dat betrekking heeft op de gronden in het ontwikkelingsgebied.

22 Art. 2.3 lid 7 Chw.

23 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 7, p. 56.

Tegen de aanwijzing van een ontwikkelingsgebied bij AMvB staat geen beroep open.²⁴ Wel krijgt een ieder de gelegenheid om binnen vier weken na bekendmaking van de ontwerp-AMvB in de Staatscourant wensen en bedenkingen ter kennis van de minister te brengen. Daarbij wordt het ontwerp aan zowel de Eerste Kamer als de Tweede Kamer overgelegd.²⁵ Het bestemmingsplan zelf is appellabel bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State.

2.3 Omgevingswet

Met de invoering van de Omgevingswet zal zowel de Interimwet stad-en-milieubenadering als de Crisis- en herstelwet worden ingetrokken.²⁶ De regeling van ontwikkelingsgebieden komt terug in de nieuwe wet. De bepaling over de aanwijzing van ontwikkelingsgebieden vertoont veel gelijkenis met de regeling uit de Crisis- en herstelwet.²⁷ Anders is, dat het ontwikkelingsgebied deel uit zal maken van het ‘gemeentelijke omgevingsplan’, waarin de gemeenteraad regels stelt over de maatregelen en werken met het oog op de optimalisering van de gebruikruimte.²⁸ Een ander verschil is dat in plaats van de milieukwaliteitsnormen afwijken mogelijk is van ‘omgevingswaarden’.²⁹

3 Juridische aandachtspunten

3.1 Vage begrippen in het toetsingskader

Hieronder worden de regelingen voor het afwijken van normen ten behoeve van gebiedsontwikkeling vergeleken, waarbij de aandacht wordt gericht op het gebruik van vage begrippen in het toetsingskader, de compensatieregeling en waarborgen die uitvoering garanderen. In hoeverre is bij deze aspecten aandacht besteed aan rechtszekerheid en rechtsbescherming?

In de Interimwet stad-en-milieubenadering introduceert de wetgever voor de gebiedsgerichte afweging de volgende toetsingsgronden: het belang van ‘zuinig en doelmatig ruimtegebruik’ en het bereiken van ‘optimale leefomgevingskwaliteit’. Beide begrippen zijn niet gedefinieerd omdat de invulling ervan in concrete projectgebieden een kwestie van maatwerk en overleg met betrokken partijen is: ‘De gemeenteraad zal in samenspraak met de belanghebbenden (bewoners, bedrijven, etc.) tot het oordeel moeten komen wat optimaal is in relatie tot het projectgebied waarvoor een stap 3-besluit

24 Art. 5.2 Chw.

25 Art. 5.2a Chw.

26 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 47.

27 Art. 4.17 Toetsversie.

28 Dit is een nieuw figuur dat het bestemmingsplan zal vervangen. Het gemeentelijk omgevingsplan is niet beperkt tot ‘ruimtelijke ordening’ en bevat een toedeling van functies aan locaties en locatiegebonden regels, (eventueel) omgevingswaarden, regels die afwijken van rijksregels en een toetsingskader voor vergunningen. Zie MvT ontwerp Omgevingswet Consultatieversie 28 februari 2013, p. 36-37.

29 Het nieuwe begrip omgevingswaarde is als volgt gedefinieerd: ‘Waarde voor de staat of kwaliteit van de fysieke leefomgeving, gericht op de doelen van de Omgevingswet en verwezenlijkt door het uitoefenen van taken en bevoegdheden door of namens bestuursorganen (MvT ontwerp Omgevingswet Consultatieversie 28 februari 2013, p. 216). Zie A.G.A. Nijmeijer, ‘Omgevingswaarde. Spitsvondige vondst voor flexibiliteit en maatwerk?’, *TBR* 2013, p. 714-715.

wordt overwogen.³⁰ Over de toetsingsgrond 'optimale leefomgevingskwaliteit' wordt ter toelichting opgemerkt dat het wordt bepaald door verschillende factoren, zoals milieukwaliteit en ruimtelijke, sociale en economische aspecten.

Overigens bleek al uit evaluatieonderzoek naar de voorloper van de Interimwet stad-en-milieubenadering dat het toetsingskader moeilijk op voorhand uitgewerkt kon worden.³¹ Het begrip 'optimale leefomgevingskwaliteit' is niet objectief meetbaar en valt lastig te operationaliseren. Daarom moet worden aangenomen dat er een redelijke mate van leefomgevingskwaliteit wordt gerealiseerd als het proces waarmee het ontwerp tot stand is gekomen op een zorgvuldige manier is ingericht.³² De conclusie is dat het begrip steeds weer opnieuw procesmatig moet worden ingevuld (via onderhandeling van de betrokken partijen en binnen de afgesproken beleidskaders). Het voormalig ministerie van VROM besteedt in voorlichtingsmateriaal ook aandacht aan het feit dat het lastig blijkt om handen en voeten te geven aan het begrip leefkwaliteit. Er wordt gewezen op diverse methoden om het begrip hanteerbaar te maken (zoals participatieve onderzoeksmethoden en milieumaximalisatiemethoden).³³

In de Crisis- en herstelwet worden vage begrippen gebruikt bij de voorwaarden waaronder *aanwijzing* van een ontwikkelingsgebied mogelijk is. Dat is namelijk het geval 'indien dat met het oog op het versterken van de duurzame ruimtelijke en economische ontwikkeling van dat gebied bijzonder aangewezen is'. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis geen nadere invulling gegeven van dit criterium. Het is daarom ook niet mogelijk om een indicatie te geven van het aantal gebieden dat voor aanwijzing in aanmerking komt.³⁴ Ook bij de aanwijzing van de gebieden wordt niet of nauwelijks expliciet getoetst aan het criterium, maar wordt volstaan met een globale uiteenzetting over de bestaande milieuknelpunten, de gewenste ruimtelijke ontwikkeling en de noodzaak om daarvoor extra milieugebruiksruimte te creëren.³⁵ Het bestemmingsplan dat betrekking heeft op het ontwikkelingsgebied moet gericht zijn op 'de optimalisering van de milieugebruiksruimte met het oog op het versterken van de duurzame ruimtelijke en economische ontwikkeling van dat gebied in samenhang met het tot stand brengen van een goede milieukwaliteit'. In de Crisis- en herstelwet zijn een aantal onderdelen opgenomen die het bestemmingsplan moet bevatten, waaronder de voorgenomen maatregelen, projecten en werken ten behoeve van de optimalisering van de milieugebruiksruimte. Ook moet een overzicht van tijdstippen worden opgenomen waarop burgemeester en wethouders de gemeenteraad rapporteren over de voortgang.

In de Interimwet stad-en-milieubenadering zijn expliciet motiveringsvereisten opgenomen. In de wetsgeschiedenis wordt uitgebreid aandacht besteed aan deze motiveringseisen bij het afwijkingsbesluit. Met deze extra motiveringsvereisten wordt beoogd dat de noodzaak tot afwijking kan worden beoordeeld en dat belanghebbenden een juist en volledig beeld kunnen krijgen over de gevolgen van het afwijkingsbesluit. Zo is onder meer noodzakelijk dat aandacht wordt besteed aan de meerwaarde van het afwijken

30 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 13.

31 Onderscheid wordt gemaakt tussen vier manieren om aan het begrip leefomgevingskwaliteit invulling te geven (impliciet, beleidsmatig, projectmatig of proces gestuurd).

32 Tweede Tussenevaluatie Stad & Milieu, 30 juni 2003, p. 13.

33 Meer dan één stap vooruit! Ervaringen uit 25 projecten Stad & Milieu, Ministerie van VROM 2003, p. 13-18.

34 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 53.

35 Zie M.C. Brans, 'Het gebiedsontwikkelingsplan; de nieuwe rekbaarheid in het milieurecht', in: *Hoofdstuk 2 Crisis- en herstelwet, de experimenteerfase voorbij?*, Preadviezen voor de Vereniging van Bouwrecht, nr. 39, p. 9-12.

voor het bereiken van een optimale leefomgevingskwaliteit en moet de doorwerking van het afwijkingsbesluit in vervolgbesluiten worden beschreven.³⁶ Opvallend is dat in de Crisis- en herstelwet extra motiveringseisen ontbreken. Wel benadrukt de regering in de wetsgeschiedenis dat in het plan gedetailleerd moet zijn uitgewerkt op welke wijze en op welke termijn (maximaal tien jaar) de norm waarvan wordt afgeweken wordt gehaald.³⁷

Het ziet er niet naar uit dat de wetgever in de toekomstige Omgevingswet in vergelijking met de huidige situatie meer aandacht zal besteden aan de uitwerking van het toetsingskader. De toelichting bij de toetsversie Omgevingswet besteedt in ieder geval geen aandacht aan dit aspect. Bij de totstandkoming van de Crisis- en herstelwet heeft de regering gesteld dat het toetsingskader voldoende rechtszekerheid biedt nu bedrijven de mogelijkheid hebben tot inspraak en het uiteindelijke plan appellabel is.³⁸ Met Brans ben ik van mening dat daarmee de rechtszekerheid nog niet is gegeven.³⁹ Indien belanghebbenden de inhoud van het bestemmingsplan ter discussie willen stellen, dan zal het toetsingskader daaraan voorafgaand ook enigszins houvast moeten bieden en dus worden ingevuld.

3.2 Compensatieregeling

De Interimwet stad-en-milieubenadering bevat een compensatieverplichting voor het kwaliteitsverlies als gevolg van een afwijkingsbesluit. Onder de Experimentenwet riep deze verplichting in de praktijk allerlei vragen op.⁴⁰ De omvang van de compensatie is lastig te bepalen. Hoe groot moet de compensatie zijn om per saldo op een verbetering van de milieukwaliteit uit te komen? Wie moet er baat hebben bij de compensatie? En wat zijn de grenzen van compensatie? In de memorie van toelichting bij de Interimwet stad-en-milieubenadering is uitvoerig aandacht besteed aan de compensatieverplichting.⁴¹ Voor het invullen van de compensatie kent de Interimwet een voorkeursvolgorde.⁴² Eerst moet worden gezien of compensatie kan plaatsvinden binnen het onderdeel van het milieucompartiment waarvan wordt afgeweken (een tijdelijke overschrijding van een geluidsnorm kan bijvoorbeeld gecompenseerd worden door extra geluidsisolatie van woningen).⁴³ Pas als compensatie binnen hetzelfde milieucompartiment niet mogelijk is zou compensatie ook binnen andere onderdelen gezocht kunnen worden (een afwijking van een geluidsnorm kan gecompenseerd worden door een verbetering van de waterkwaliteit in het projectgebied). Als dat niet mogelijk is, zou de compensatie ook gezocht kunnen worden in extra maatregelen buiten het terrein van milieu (zoals de kwaliteit van openbaar vervoer). Ten aanzien van de compensatiemaatregel zelf is vereist dat de compensatie in verband moet worden gebracht met degene die nadeel ondervindt van de normafwijking en dat de compensatie ook in overleg met diegene

36 Art. 6 Interimwet stad-en-milieubenadering en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 40-42.

37 *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127, C, p. 30.

38 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 7, p. 57.

39 M.C. Brans, 'Het gebiedsontwikkelingsplan; de nieuwe rekbaarheid in het milieurecht', in: *Hoofdstuk 2 Crisis- en herstelwet, de experimenteerfase voorbij?*, Preadviezen voor de Vereniging van Bouwrecht, nr. 39, p. 16.

40 Meer dan één stap vooruit! Ervaringen uit 25 projecten Stad & Milieu, Ministerie van VROM 2003, p. 72-73.

41 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 42-44.

42 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 42.

43 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 43.

moet worden vastgesteld. Daarnaast geldt dat de compensatie binnen of in de directe omgeving van het projectgebied moet worden geboden.

De Crisis- en herstelwet bevat geen expliciete compensatieverplichting. Wel bepaalt de wet dat het bestemmingsplan de noodzakelijke maatregelen, projecten en werken ter compensatie van het beslag op de milieugebruiksruimte door de in het bestemmingsplan voorziene ruimtelijke ontwikkelingen dient te bevatten.⁴⁴ In vergelijking met de Interimwet stad-en-milieubenadering schenkt de regering in de parlementaire geschiedenis opmerkelijk weinig aandacht aan het aspect van compensatie. Compensatie buiten het plangebied lijkt uitgesloten. Althans, de regering merkt op dat dergelijke compensatie niet zou meetellen in de zogenoemde saldering.⁴⁵ En 'goed uitgevoerde saldering' betekent dat een bepaalde toename van de milieubelasting op de ene plaats, elders zal moeten worden gecompenseerd door een afname veroorzaakt door een andere activiteit. Aan het eind van de planperiode moet het saldo nul zijn.⁴⁶ Het is onduidelijk wanneer precies sprake is van compenserende maatregelen die noodzakelijk zijn en hoe wordt beoordeeld of in voldoende mate is gecompenseerd.⁴⁷ Verder wordt er geen onderscheid gemaakt tussen maatregelen die er op gericht zijn om op termijn aan de milieukwaliteitsnormen te voldoen en maatregelen die gelden ter compensatie van het beslag van de voorziene ruimtelijke ontwikkeling op de milieugebruiksruimte gedurende de afwijkingsperiode.⁴⁸

Opmerkelijk is dat in de regeling van ontwikkelingsgebieden in de Omgevingswet niet alleen een compensatieregeling, maar ook enige verwijzing naar compenserende maatregelen geheel ontbreekt. Blijkbaar acht de wetgever een dergelijke verwijzing in de wet niet langer nodig. Overigens is niet uitgesloten dat in de uitvoeringsregeling aandacht aan dit aspect zal worden besteed.⁴⁹

3.3 Garantie uitvoering maatregelen

Indien structureel of tijdelijk wordt afgeweken van normen, dan kan dat negatieve effecten hebben op de milieukwaliteit en bovendien hinder veroorzaken voor derden. Een risico is dat compenserende maatregelen niet worden uitgevoerd. Voor omwonenden is het derhalve van belang dat uitvoering van de maatregelen is gewaarborgd. Op grond van de Interimwet stad-en-milieubenadering dienen de compenserende maatregelen in het afwijkingsbesluit zelf te worden opgenomen. Tegen niet-naleving kan een burger in rechte optreden. Bovendien is de gemeenteraad verplicht om, wanneer de beoogde resultaten niet worden behaald, de noodzakelijke maatregelen te nemen om de effecten naar een toelaatbaar niveau terug te brengen.⁵⁰ Zo is gewaarborgd dat compensatie tij-

44 Art. 2.3 lid 2 onder b Chw.

45 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 7, p. 58.

46 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 7, p. 61.

47 A. ten Veen & V.M.Y. van 't Lam, 'Ontwikkelingsgebieden. Een regeling waarmee ruimtelijke ontwikkelingen mogelijk kunnen worden gemaakt, maar die wel enige aanpassing behoeft', *M en R* 2009, p. 636.

48 Vgl. M.C. Brans, 'Het gebiedsontwikkelingsplan; de nieuwe rekbaarheid in het milieurecht', in: *Hoofdstuk 2 Crisis- en herstelwet, de experimenteerfase voorbij?*, Preadviezen voor de Vereniging van Bouwrecht, nr. 39, p. 35.

49 Art. 4.17 lid 5 Toetsversie bepaalt dat bij AMvB regels worden gesteld over de inhoud van het omgevingsplan met betrekking tot de gebiedsontwikkeling.

50 Art. 8 Interimwet stad-en-milieubenadering.

dig en volledig wordt ingevuld en maatregelen ook op de langere termijn gegarandeerd zijn.⁵¹

Het uitgangspunt van de Crisis- en herstelwet is dat slechts tijdelijk van normen mag worden afgeweken (maximaal tien jaar). Indien niet of niet tijdig aan de normen wordt voldaan, rust op burgemeester en wethouders een zorgplicht om maatregelen binnen de termijn uit te voeren.⁵² Deze zorgplicht biedt weinig garantie dat na afloop van de afwijkingstermijn ook daadwerkelijk aan de milieunormen wordt voldaan.⁵³ In de Omgevingswet is een vergelijkbare bepaling opgenomen.⁵⁴

4 Algemene afwijkingsclausule in de Omgevingswet?

Een van de verbeterdoelen die worden nagestreefd met de herziening van het stelsel van het omgevingsrecht is het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte. Een discussiepunt is of de Omgevingswet ook een algemene afwijkingsbevoegdheid zou moeten bevatten, zoals eerder door de regering was voorgesteld.⁵⁵ Naar mijn oordeel zou de discussie eerder moeten gaan over de vraag of de mogelijkheden die de voorgestelde Omgevingswet biedt voor het afwijken van normen niet te talrijk zijn. Naast de regeling van ontwikkelingsgebieden bevat de Omgevingswet maar liefst drie instrumenten die afwijking van normen mogelijk maken.

De *experimenteerbepaling* komt grotendeels overeen met de regeling uit de Crisis- en herstelwet.⁵⁶ De bepaling maakt het mogelijk om af te wijken van normen die een belemmering vormen voor innovatieve ontwikkelingen. De *gelijkwaardigheidsbepaling* biedt de mogelijkheid voor een gelijkwaardige maatregel als alternatief voor de verplicht voorgeschreven maatregel. Opmerking verdient dat het hierbij strikt genomen niet gaat om het afwijken van een materiële norm nu het resultaat dat met de norm wordt beoogd, niet wordt losgelaten. Artikel 8:40a Wm en artikel 1.3 Bouwbesluit 2012 bevatten thans een dergelijke gelijkwaardigheidsbepaling.⁵⁷ De Omgevingswet harmoniseert deze huidige regelingen en vergroot het toepassingsbereik.⁵⁸ De gelijkwaardigheidsbepaling is van toepassing op algemene rijksregels voor activiteiten in de fysieke leefomgeving.⁵⁹ Daarnaast beschikken decentrale overheden over de bevoegdheid om

51 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 871, nr. 3, p. 43-44.

52 Art. 2.3 lid 10 Chw.

53 A.G.A. Nijmeijer, 'Tijdelijk afwijken van milieukwaliteitsnormen. (Geen) zorgen voor morgen?', *TBR* 2010, p. 49; F. Otten, 'De relatie tussen het gebiedsontwikkelingsplan op basis van de Crisis- en herstelwet en milieunormen', in: Toon de Gier (et al), *Goed verdedigbaar: vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 448-449. Zie ook de bijdragen van Otten en Groothuijse, en de reactie van Brans, op dit punt in het verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gepubliceerd in *TBR* 2012, p. 352-353.

54 Art. 4.17 lid 6 Toetsversie.

55 Zie H.D. Tolsma, 'Balanceren tussen economie en milieu in de Omgevingswet. De integrale belangenafweging bij besluitvorming over projecten', *NJB* 2012, p. 2887-2894.

56 Art. 2.4 Chw.

57 Zie over de toepassing van deze bepaling in het bouwrecht: J.G.G.M. van Knippenberg, 'Gelijkwaardigheid in het bouwrecht', *TBR* 2013/157.

58 Zie voor een kritische analyse A.G.A. Nijmeijer, 'Het gelijkwaardigheidsbeginsel in de Omgevingswet', *M en R* 2013/135.

59 Art. 4.25 Toetsversie.

een gelijkwaardigheidsbepaling op te nemen in het omgevingsplan of de verordening.⁶⁰ Tot slot voorziet de regeling van het *projectbesluit* in de mogelijkheid dat bepalingen die bij of krachtens een regeling van een gemeente of waterschap zijn vastgesteld buiten toepassing worden gelaten voor zover door deze bepalingen de verwezenlijking van het projectbesluit onevenredig wordt belemmerd. De rijkscoördinatieregeling in de Wro (artikel 3.35 lid 8 Wro) bevat thans een vergelijkbare bepaling.⁶¹ Ook absolute verbodsbepalingen uit een provinciale omgevingsverordening of -programma kunnen buiten toepassing worden gelaten wanneer het project daardoor niet binnen redelijke grenzen kan worden gerealiseerd. Een projectbesluit is bedoeld voor complexe projecten in de fysieke leefomgeving met een publiek belang, zoals het aanleggen van hoogspanningsleidingen en windmolenparken.

Bij deze instrumenten kunnen in het licht van bovenstaande juridische aandachtspunten ook de nodige kanttekeningen worden geplaatst.⁶² Backes betwijfelt of de wet ten aanzien van deze stapeling van afwijkingsmogelijkheden nog voldoende waarborgen bevat om de doeleinden van de wet en van het in normen en plannen neergelegde beleid te bereiken. Hij is van oordeel dat de weging duidelijk doorslaat ten gunste van flexibiliteit en ten laste van waarborgen.

5 Slot

De vergelijking tussen de Interimwet stad-en-milieubenadering, de Crisis- en herstelwet en de Omgevingswet laat zien dat de wetgever, als het gaat om afwijken van normen ten behoeve van gebiedsontwikkeling, in de loop der tijd steeds minder aandacht heeft voor het in de wet waarborgen van rechtsbescherming en rechtszekerheid.

Zo is opvallend dat de wetgever bij de Interimwet stad-en milieubenadering uitgebreid aandacht besteedt aan extra motiveringseisen als tegenwicht voor het gebruik van vage toetsingscriteria. De motiveringsvereisten zijn in de wet voorgeschreven en in de wetsgeschiedenis toegelicht. Dergelijke zware motiveringsvereisten ontbreken in de Crisis- en herstelwet en de Omgevingswet. Opmerkelijk is verder, dat in de Interimwet stad-en-milieubenadering de compensatieverplichting een centrale plaats inneemt, dat compensatie in de Crisis- en herstelwet nog wel wordt genoemd maar nauwelijks is uitgewerkt, en dat in de Omgevingswet het aspect van compensatie geheel ontbreekt. De wetgever geeft geen verklaring voor deze wijziging in de systematiek van afwijken van normen bij gebiedsontwikkeling, terwijl die wijziging toch raakt aan fundamentele beginselen van de rechtsstaat. Dat met de Interimwet stad-en-milieubenadering structureel kan worden afgeweken en bij de regeling van ontwikkelingsgebieden slechts tijdelijk, kan mijns inziens het verschil niet (geheel) verklaren.

Een principiële kanttekening die Dick Lubach in 1996 plaatste bij een model voor het afwijken van normen bij gebiedsontwikkeling, is dat moet worden vermeden dat het een structureel instrument wordt om de problematiek van knellende normen op te lossen. Insteek zou volgens hem eerder moeten zijn dat regelgeving moet worden ontwikkeld waarin aan een dergelijk instrument geen behoefte (meer) is. In lijn met deze gedachte van Lubach is het voornemen van de regering om op termijn de regeling voor ontwikkelingsgebieden af te schaffen wanneer de Omgevingswet en de uitvoeringsre-

60 Art. 4.7 Toetsversie.

61 Art. 5.41 Toetsversie.

62 Zie o.a. Ch.W. Backes, 'Het voorstel voor een Omgevingswet – goed voor natuur en milieu?', *TO* 2013, p. 103-104.

gelgeving zelf flexibel genoeg zijn.⁶³ Het wetsvoorstel bevat al talrijke instrumenten die flexibiliteit bieden (programmatische aanpak, salderen en compenseren, experimenteerbepaling, gelijkwaardigheidsbepaling en afwijken van onevenredig belemmerende normen bij projectbesluit). Deze stapeling van flexibiliseringsinstrumenten roept zelfs de vraag op of de Omgevingswet nog wel voldoende waarborgen bevat om de doeleinden van de wet en het beleid te bereiken. Opmerkelijk is dat in reactie op de toetsversie Omgevingswet vanuit de praktijk gepleit wordt voor ruimte op wetsniveau om op basis van een integrale belangenafweging te kunnen afwijken van sectorale normen. Ik acht het in het licht van de lessen van Lubach onbegrijpelijk dat de praktijk naast het uitgebreide instrumentarium nog behoefte zou hebben aan een algemene hardheidsclausule om af te wijken van normen in het omgevingsrecht.

63 MvT ontwerp Omgevingswet Consultatieversie 28 februari 2013, p. 88.

4 De Crisis- en herstelwet: nood, speed of experiment?

Regina Koning

1 Inleiding

Het komt voor dat een maatschappelijk en/of juridisch probleem zodanig weerbarstig is dat niet op voorhand juist kan worden ingeschat of en zo ja welke wettelijke regeling of wettelijk instrument ingezet dient te worden zodat het probleem daadwerkelijk wordt aangepakt en verholpen. In het omgevingsrecht is dit de problematiek die voortvloeit uit complexe wet- en regelgeving: trage en complexe besluitvorming omtrent activiteiten in de fysieke leefomgeving, zoals bouwprojecten en de aanleg van infrastructuur. Met onder andere nood- en spoedwetgeving tracht de wetgever de besluitvorming omtrent nader gespecificeerde projecten te vereenvoudigen en te versnellen, zoals in het verleden met de Deltawet grote rivieren en later met de Spoedwet wegverbreding en de Wet versnelling besluitvorming wegprojecten. Met experimentele wet- en regelgeving worden nieuwe wettelijke regelingen en instrumenten beproefd, zoals met de Experimentenwet stad en milieubenadering werd gedaan en meer recent met de Crisis- en herstelwet (Chw). Dergelijke wetgeving, nood-, spoed-, en experimenteerwetgeving, moet aan bepaalde voorwaarden voldoen die zijn terug te voeren op rechtstatelijke beginselen. Hiermee mag niet te lichtvaardig worden omgegaan. In deze bijdrage wordt ingegaan op de inzet van experimentele wetgeving en nood- en spoedwetgeving in het omgevingsrecht, waarbij de nadruk ligt op de Chw.¹

De juridisering van het omgevingsrecht betreft een onderwerp dat mijn interesse heeft gewekt en nog steeds wekt in mijn loopbaan bij het Instituut voor Bouwrecht. De kiem was echter al eerder gelegd, namelijk in de gesprekken die ik met Dick Lubach daarover voerde in de afstudeerfase van mijn studie Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.² Het trof mij telkens weer hoe breed zijn juridische kennis en interesse was en hoe schijnbaar eenvoudig hij de relevante verbanden legde met andere vakgebieden. Een wetenschapper in hart en nieren met heel nadrukkelijk oog voor de praktijk. Dat sprak, en spreekt mij nog steeds, ten zeerste aan.

In 1994 was mede van de hand van Dick Lubach een voorstudie tot stand gekomen, geschreven in opdracht van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, ge-

1 Deze bijdrage betreft een bewerking van een tweetal artikelen die eerder zijn verschenen in de digitale E-zine Actualiteiten Bouwrecht van het Instituut voor Bouwrecht: A.Z.R. Koning, 'Experimentele wetgeving in het omgevingsrecht (I)', *Actualiteiten Bouwrecht* 24-7-2013 en 'Experimentele wetgeving in het omgevingsrecht (II)', *Actualiteiten Bouwrecht* 19-8-2013.

2 A.Z.R. Koning, *Juridisering, en de gevolgen voor de besluitvorming ten aanzien van strategische plannen* (doctoraalscriptie RuG) 1999.

titeld 'Versnelling juridische procedures grote projecten'.³ In de jurisdiseringsdiscussie een belangwekkend en nog steeds bijzonder interessant rapport waarin de onderzoekers voorstellen een regeling in de Awb op te nemen die in beginsel voor ieder project de mogelijkheid van samenhangende besluitvorming mogelijk maakt, waardoor besluitvorming over grote projecten aanmerkelijk vlotter kan verlopen.

We zijn nu een behoorlijk aantal jaren verder en de vereenvoudiging van het omgevingsrecht, versnelling van besluitvorming over activiteiten in de fysieke leefomgeving en het überhaupt mogelijk maken van deze activiteiten in complexe situaties, staat onveranderd hoog op de politieke agenda.⁴ Hieruit blijkt eens te meer hoe weerbarstig de problematiek van trage besluitvorming is. Een wettelijke regeling waarmee deze problematiek door de wetgever vrij rigoureus wordt getracht het hoofd te bieden, is de Chw, waarin verschillende maatregelen zijn opgenomen om besluitvorming over bouwprojecten te vereenvoudigen en te versnellen. Een uit nood of speed geboren tijdelijke wet? Of vooral een wet waarmee vooruitlopend op nieuwe wetgeving wordt geëxperimenteerd met nieuwe bevoegdheden, verkorte procedures en aanpassing van het bestuursprocesrecht? In deze bijdrage worden deze vragen beknopt behandeld. Daartoe zal eerst aandacht worden besteed aan de inzet van tijdelijke wetgeving zoals noodwetgeving, speedwetgeving, horizonwetgeving en experimentele wetgeving.

2 Soorten tijdelijke wetgeving

Wetgeving van tijdelijke aard⁵ wordt ingezet als een techniek om tot deregulering te komen: minder en kwalitatief betere regelgeving.⁶ Er zijn verschillende soorten tijdelijke wetgeving te onderscheiden. Zo is er wetgeving die gewoon tijdelijk is.⁷ Dergelijke

3 D.A. Lubach, C. Lambers & M. Scheltema, *Versnelling juridische procedures grote projecten* (WRR), Den Haag: Sdu Uitgeverij Plantijnstraat 1994.

4 In verschillende regeerakkoorden is dat expliciet verwoord. Hier volgt een aantal voorbeelden. Het hoofdlijnenakkoord voor het kabinet CDA, VVD, D66 van 16 mei 2003, Meedoen, meer werk, minder regels, p. 12: 'Om sneller ruimtelijke ontwikkelingen te kunnen realiseren worden gestroomlijnde en daardoor kortere procedures ingevoerd (zoals de rijksprojectenprocedure). Een aldus dynamischer vormgegeven ruimtelijk instrumentarium draagt bij aan een daadkrachtig beleid voor milieu en natuur, platteland en landbouw, en wonen.' Het Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie van 7 februari 2007, Samen werken, samen leven, p. 15: 'De procedure van vergunningverlening voor bedrijven wordt – door bundeling van vergunningen en ruime toepassing van het instrument van de *lex silentio positivo* – zo aangepast dat vergunningen aanzienlijk sneller worden verleend.' Regeerakkoord VVD-CDA van 30 september 2010, Vrijheid en verantwoordelijkheid, p. 29: 'De wijze van besluitvorming door de overheid over de aanleg van infrastructuurprojecten wordt versneld en vereenvoudigd.' Regeerakkoord VVD – PvdA van 29 oktober 2012, Bruggen slaan, p. 38: 'De besluitvorming over ruimtelijke projecten moet eenvoudiger en sneller, daarom stroomlijnen we de ruimtelijke wet- en regelgeving verder.'

5 Terecht stelt G.J. Veerman, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu 2012, p. 137, dat alle wetgeving tijdelijk is, maar sommige wetten wat tijdelijker dan andere.

6 S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 165.

7 In aanwijzing 182 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) is bepaald dat de tijdelijkheid van een regeling in het opschrift en de citeertitel tot uitdrukking wordt gebracht. Bijvoorbeeld de Tijdelijke referendumwet en de Interimwet Ammoniak en Veehouderij.

tijdelijke wetten bevatten een vervaldatum of vervaltermijn. Deze ‘gewone’ of ongeclausuleerde tijdelijke wetten⁸ worden onderscheiden van andere tijdelijke wetgeving, zoals horizonwetgeving en experimenteerwetgeving.⁹ In het licht van deregulering wordt dit soort tijdelijke wetgeving ingezet om tot kwalitatief betere wetgeving te komen.¹⁰

Nood- en spoedwetgeving zijn tevens voorbeelden van (in beginsel) tijdelijke wetgeving. Het doel van dergelijke wetgeving verschilt echter van horizonwetgeving en experimenteerwetgeving. Niet deregulering en wetgevingskwaliteit liggen daaraan ten grondslag, maar een nood- of spoedsituatie die noopt tot specifieke wetgeving waarmee de problematiek die de nood- dan wel spoedsituatie teweeg brengt, wordt bestreden.

In deze paragraaf zal dieper worden ingegaan op deze verschillende soorten tijdelijke wetgeving; nood- en spoedwetgeving en horizon- en experimenteerwetgeving.

2.1 Nood- en spoedwetgeving

Nood- en spoedwetgeving zijn in beginsel tijdelijk. Dat kan worden afgeleid uit het gebruik van de termen nood en spoed. Is er geen sprake meer van een nood- of spoedsituatie, dan vervalt het nut van de wet. Voor noodwetgeving geldt dat wellicht meer dan voor spoedwetgeving. Een spoedsituatie kan immers heel denkbaar een permanent karakter hebben. Ik kom daar hierna nog op terug.

Een goed geslaagd en veel aangehaald voorbeeld van noodwetgeving is de Deltawet grote rivieren (Dgr).¹¹ Deze wet kwam in rap tempo tot stand, na twee gevaarlijke hoogwatersituaties in 1993 en 1995: de zogenoemde hoogwatercrisis in de eerste helft van de jaren negentig.¹² Een groot aantal mensenlevens was als gevolg daarvan in gevaar geweest waardoor er, met name in 1995, een grootschalige evacuatie heeft moeten plaatsvinden. Er was tevens sprake van een omvangrijke economische schade. De hoogwatercrisis is de directe aanleiding geweest voor de snelle totstandkoming van de noodwet Deltawet Grote Rivieren in 1995. Deze wet kende een aantal vergaande maatregelen om de dijkversterkingen snel tot stand te kunnen brengen: een regeling voor de concentratie van de besluitvorming (art. 2 en art. 4 Dgr), de concentratie van rechtsbescherming (art. 6), de verkorting van termijnen (art. 4 en 6) en de zogenaamde onverwijld inbezittingen door de beheerder (art. 5). Gezien het bijzondere karakter van de wettelijke noodvoorziening die deze wet inhield, was deze van toepassing op een beperkt aantal zeer urgente

8 Door G.J. Veerman, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu 2012, p. 137.

9 S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 167.

10 Aan horizonwetgeving en experimenteerwetgeving kunnen echter ook heel andere motieven ten grondslag liggen. Met name met betrekking van horizonwetgeving is dit meermalen geconstateerd in onderzoeken en in de literatuur. G.J. Veerman 2012 a.w. noemt de horizonbepaling als politiek wisselgeld, een middel om toch tot een wettelijke regeling te komen ondanks dat er onzekerheid bestaat om een definitieve beslissing te nemen. Zie tevens het verkennende rapport i.o.v. het Ministerie van Justitie van G.J. Veerman en S. Bulut, *Over experimenteer en horizonbepalingen*, Den Haag 2010, p. 45.

11 Men leze de positieve evaluatie van deze wet in P.P.J. Driessen & A.A.J. de Gier, *Uit nood geboren*, Onderzoek in opdracht van het Hoofdkantoor van de Waterstaat afdeling Infrastructuur en Algemeen Bestuurlijke Zaken van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, ‘s-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V. 1997.

12 A.A.S. van Heezik, *Strijd om de rivieren. 200 jaar rivierenbeleid in Nederland*, Den Haag / Haarlem: HNT Historische producties Den Haag in samenwerking met Rijkswaterstaat 2006, p. 101/102.

projecten. De wet had daarmee een afgebakende werking en een beperkte geldingsduur. De Raad van State typeerde deze wet als een *machtigingswet* waarmee een weloverwogen opgebouwd stelsel van bestuurs- en onteigeningsrecht opzij werd gezet.¹³ In geval van een noodsituatie, waarbij mensenlevens op het spel staan en/of het risico van grote economische schade buitengewoon groot is, is het gerechtvaardigd dat met noodwetgeving dergelijke waarborgende wetgeving tijdelijk opzij wordt gezet. De Deltawet grote rivieren ging ver met de integratie van besluitvorming en de aanzienlijke verkorting van termijnen. Rechtsstatelijke beginselen als gelijkheid, rechtsbescherming en specialiteit stonden onder druk,¹⁴ maar dit werd aanvaardbaar geacht gezien de noodsituatie.

In de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: Ar¹⁵) is noodwetgeving niet nader gedefinieerd. In de toelichting op aanw. 33a is wel een beschrijving te vinden van wat wordt verstaan onder noodsituaties: *'Bij noodsituaties kan worden gedacht aan het toekennen van ruime, van de wet afwijkende bevoegdheden voor bestuursorganen in geval van rampen, oorlogssituaties of anderszins bedreiging van de veiligheid. Voorbeeld: artikel 35 van de Noodwet financieel verkeer.'*

In geval van spoedwetgeving is een dergelijke vergaande afwijking van bestaande wet- en regelgeving minder snel gerechtvaardigd. Althans, zo lijkt dat te kunnen worden opgemaakt uit bestaande spoedwetgeving. Ook hier een voorbeeld: de Spoedwet wegverbreding. Het spoedeisende karakter is beschreven in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel: *'Dit wetsvoorstel strekt ertoe om zo spoedig mogelijk de capaciteit van een aantal hoofdwegen te vergroten ten einde een bijdrage te leveren aan het bestrijden van files. De Minister van Verkeer en Waterstaat staat in dit verband voor de taak om belangrijke problemen op het gebied van de mobiliteit op het hoofdwegenet slagvaardig aan te pakken. Dit wetsvoorstel biedt de basis voor het treffen van concrete maatregelen ter verbetering van de hoofdinfrastructuur in ons land, die zichtbare resultaten opleveren voor burger en bedrijfsleven.'*¹⁶

De Spoedwet wegverbreding (Sw) heeft tot doel besluitvorming te versnellen, maar dan voor een beperkt aantal bij wet genoemde infrastructurele projecten. De wet is van toepassing op de wegaanpassingsprojecten die zijn opgenomen in de bijlage bij de wet (art. 2 Sw). De Tracéwet wordt voor deze wegaanpassingsprojecten buiten werking gesteld

13 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 109, A, p. 2.

14 Zie ook het evaluatierapport P.P.J. Driessen & A.A.J. de Gier 1997 a.w.

15 De Aanwijzingen voor de Regelgeving is een circulaire en kan worden geraadpleegd via <http://wetten.overheid.nl>. In deze circulaire is aan het overheidsbeleid met betrekking tot wetgevingskwaliteit gestalte gegeven. Er zijn richtlijnen in opgenomen voor de wetgever met betrekking tot de keuze voor en de inhoud van wetgeving. De Ar zijn vastgesteld door de minister-president, handelende in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad en de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord. Deze richtlijnen worden ook wel aangemerkt als de praktijkvoorschriften voor de ontwerpers van de regelingen van de rijks-overheid. Hoewel de Ar een circulaire betreft en daarmee beperkte rechtskracht bezit (er is 'slechts' sprake van zelfbinding) hebben deze aanwijzingen voor de wetgever een dwingend karakter, aldus is bepaald in aanw. 4. In aanw. 5 is een geclausuleerde afwijkingsbevoegdheid opgenomen: 'Afwijking van deze aanwijzingen is slechts toegestaan, indien onverkorte toepassing daarvan uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden.' Van deze afwijkingsbevoegdheid dient terughoudend en gemotiveerd gebruik te worden gemaakt.

16 Het wetsvoorstel Regels ter bespoediging en vereenvoudiging van procedures met het oog op het zo spoedig mogelijk vergroten van de capaciteit van een aantal hoofdwegen door middel van een betere benutting en verbreding van die wegen (Spoedwet wegverbreding), *Kamerstukken II* 2002/03, 28 679, nr. 3, p. 1.

(art. 3 lid 1 Sw). De reikwijdte van de wet en daarmee de afwijkende besluitvormings-procedure waarin deze spoedwet voorziet, is op die manier beperkt tot de wegaanpassingsprojecten die met spoed dienen te worden uitgevoerd. De selectie van de projecten is gemaakt op basis van het te bereiken doel van de wet: een betere doorstroming van het verkeer op een aantal specifieke knelpunten in de weginfrastructuur. De Spoedwet wegverbreding heeft daarmee een tijdelijk karakter. Spoedwetgeving lijkt dat echter niet altijd te hebben. Het is denkbaar dat bepaalde projecten per definitie voortvarend (dan wel met spoed) tot stand moeten worden gebracht. Bijvoorbeeld als het gaat om de primaire waterkeringen. In de Wet op de Waterkering (Wwk), die is opgegaan in de Waterwet,¹⁷ was een bijzondere procedure opgenomen voor dergelijke, doorgaans urgente projecten.¹⁸ Deze regeling ging aanzienlijk minder ver dan de Deltawet grote rivieren, die tevens voorzag in de aanleg en aanpassing van primaire waterkeringen. In de Wwk werd in plaats van een integratiebepaling (art. 2 jo. art. 4 lid 2 Dgr) een coördinatieregelen opgenomen. Hoewel de coördinatieprocedure in de Wwk leidde tot *'een strakke coördinatie van die verschillende procedures, waardoor het tijdsbestek waarbinnen zij gevolgd moeten worden wordt gelimiteerd'*, is de maximale termijn in de Dgr aanzienlijk korter: *'Dit vertaalt zich in de volgende verschillen in termijnen: onder de Dgr bedraagt de maximale termijn tussen tervisielegging ontwerp-plan en vaststelling door GS 6 weken, waarna een eventuele beroepsprocedure bij de ABRvS na maximaal 10 weken tot een uitkomst moet leiden. Onder de Wwk bedragen die termijnen respectievelijk 18 en nogmaals 18 weken.'*¹⁹ Hoewel er nog steeds sprake was van een spoedsituatie, had de Wwk een minder urgent karakter en de daarin opgenomen termijnen waren dan ook ruimer. Een duidelijk verschil tussen nood- en spoedwetgeving is de mate van urgentie. De urgentie is hoog in noodsituaties (in geval er direct gevaar dreigt, mensenlevens op het spel staan) en minder hoog in spoedsituaties (het gevaar voor mensenlevens is niet direct aanwezig of het gevaar is 'slechts' economisch/financieel van aard). De grens zou, op basis van de beschrijving in de toelichting op aanw. 33a Ar, gelegd kunnen worden bij voor de veiligheid bedreigende situaties. De vraag in hoeverre afwijken van bestaande wet- en regelgeving aanvaardbaar is in noodsituaties en in spoedsituaties en waar precies de grens gelegd zou moeten worden, is moeilijk te beantwoorden; beantwoording gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. In geval van een noodsituatie zijn drastische maatregelen in wet- en regelgeving, die op gespannen voet staan met rechtsstatelijke beginselen, aanvaardbaar te achten, mits deze maatregelen tijdelijk van aard zijn. In

17 De Waterwet trad op 22 december 2009 in werking (Stb. 2009, 549; publicatie van de wet in Stb. 2009, 107)

18 Met de Wwk werd de tweede tranche dijkversterkingen gerealiseerd. De projectprocedure die in de Wwk werd opgenomen voor deze dijkversterkingsprojecten was tijdelijk van aard en had tot doel om de besluitvorming voor de aanleg, versterking en verlegging van primaire waterkeringen te versnellen. Dit was noodzakelijk om zo de afronding van het rivierdijkversterkingsprogramma in het jaar 2000 te kunnen afronden. Omdat de tweede tranche dijkversterkingsprojecten minder urgent van aard was, bleven in de Wwk de toestemmingsvereisten uit bijzondere wetgeving onverkort op de deze dijkversterkingen van toepassing en werd er geen mogelijkheid van onverwijld inbezitting opgenomen. In 2005 is de projectprocedure in de Wwk vervangen door een meer algemene procedureregeling die ook kan worden toegepast ter verwezenlijking van het beleid inzake rivierversuiming. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 747, nr. 3, p. 10) werd steeds, ter onderbouwing van deze afwijkende wettelijke procedure, de veiligheid als belangrijkste argument genoemd.

19 P.P.J. Driessen & A.A.J. de Gier 1997 a.w., p. 40.

geval van spoedwetgeving ligt dat veel minder voor de hand. Bij spoedwetgeving is niet op voorhand duidelijk vast te stellen welke afwijkende wettelijke maatregelen mogelijk zijn. Dit hangt af van het urgente karakter van de spoedsituatie. Wel is er een relatie te onderkennen tussen de mate van urgentie en de aanvaardbaarheid van afwijkende maatregelen. Een duidelijke evenredige lijn is op basis van deze constatering echter niet vast te stellen. In de Ar zijn hiervoor ook geen handvatten voor de wetgever opgenomen.

Hoewel dat niet als zodanig is vastgelegd in de Ar, behoeft noodwetgeving evaluatie. Alleen zo kan worden gezien of de afwijkende wettelijke maatregelen effectief zijn geweest en of terecht het instrument van noodwetgeving is ingezet. Een doordachte overweging vooraf is immers niet mogelijk geweest. Voor spoedwetgeving is een voorafgaand doordenken van de wettelijke maatregelen doorgaans wel mogelijk, maar ik ben van mening dat ook in die gevallen een goede evaluatie vereist is. Daarmee kan inzicht worden verworven in de effectiviteit van de bijzondere maatregelen die in de betreffende spoedwet zijn getroffen.

2.2 Horizonwetgeving en experimentele wetgeving

Met het oog op de dejuridisering en vermindering van regeldruk is er in de jaren '80 van de vorige eeuw én de afgelopen jaren met enige regelmaat aandacht geweest in onderzoek en publicaties voor tijdelijke wetgeving in de vorm van horizonwetgeving en experimentele wetgeving.²⁰ De nadruk ligt daarin op de mogelijkheden om met horizonwetgeving en experimenteerwetgeving tot deregulering (in kwantitatieve zin minder en in kwalitatieve zin betere wetgeving) te komen.

Een duidelijke grens tussen horizonwetgeving en experimenteerwetgeving is moeilijk te trekken. Punt is dat er (in Nederland) geen vaste definitie van het begrip horizonwetgeving voor handen is. Voor experimenteerwetgeving is dat anders. In aanw. 10b van de Ar is namelijk een regeling opgenomen met uitgebreide toelichting.

Horizonwetgeving

Voor een definiëring van het begrip horizonwetgeving wordt doorgaans teruggerepen op de reeds in 1986 door Korsten en Engel geformuleerde definitie: *'De wet houdt na verloop van tijd op te bestaan en verliest rechtskracht, tenzij de wetgever de werkingsduur verlengt of voor een aangepaste nieuwe wet zorgt [...] Horizonwetgeving impliceert altijd evaluatie. Voor de valbijl formeel valt, zal de wetgever willen weten hoe de wet is uitgevoerd, welke de eventuele knelpunten zijn en welke mate van (in)effectiviteit bereikt is.'* Eijlander en Van Gestel vatten deze definitie in de volgende kernpunten van horizonwetgeving: *'1) een voorwaardelijke werkingsbeperking van (onderdelen van) een wettelijke regeling in de tijd, 2) die in beginsel tot beëindiging van de regeling beoogt te leiden (voor verlenging geldt een 'nee, tenzij'), maar waarvan 3) de definitieve beslissing tot beëindiging of verlen-*

20 A.F.A. Korsten (red.), *Horizonwetgeving en wetsevaluatie - Ervaringen in de V.S. en in Nederland*, Nijmegen: Katholieke Universiteit Nijmegen 1984. A.F.A. Korsten & H. Engel, 'Om de kwaliteit van wetgeving', *Namens* 1986/4. Ph. Eijlander & R.A.J. van Gestel, *Horizonwetgeving: effectief middel in de strijd tegen toenemende regeldruk? Een onderzoek naar de functie van werkingsbeperkingen in wetgeving ter vermindering van regeldruk*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2006. G.J. Veerman & S. Bulut, 'Voorbij de horizon. Over experimenteer- en horizonbepalingen', *TvCR* 2011, p. 291-304. Over horizonwetgeving en experimenteerwetgeving ook de Kabinetsnota 'Vertrouwen in wetgeving', *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1.

ging afhankelijk is gemaakt van 4) een expliciete heroverweging op grond van een evaluatie van de werking van de regeling.²¹

Experimentele wetgeving

Wet- en regelgeving dient doeltreffend en doelmatig te zijn.²² Dit betekent dat de wetgever in ieder geval moet onderzoeken en motiveren of, en zo ja, op welke wijze de voorgestelde regeling zal bijdragen aan de daarmee beoogde doelstelling(en). Deze eis kan worden afgeleid uit de Ar (aanw. 6 t/m 9). Dit houdt in dat de noodzaak van wetgeving in de toelichting bij wetgeving nader gemotiveerd moet worden en gebaseerd dient te zijn op een grondige analyse van het maatschappelijk probleem en de oplossing die met de betreffende nieuwe of gewijzigde wetgeving wordt voorgesteld.²³ Wanneer dat niet mogelijk is, omdat het onduidelijk is of een bepaald wettelijk instrument daadwerkelijk het probleem zal verhelpen, is het mogelijk om met een experimentele wettelijke regeling eerst ervaring op te doen.

In de Ar, aanw. 10b, is een regeling over experimenteerwetgeving opgenomen met daarbij een uitvoerige toelichting.²⁴ In de toelichting op deze aanwijzing staat onder meer: ‘Bij een experiment gaat het om het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem.’²⁵

Experimentele wetgeving is tijdelijk van aard en het is niet op voorhand duidelijk of het zal worden omgezet naar algemeen geldende wetgeving.²⁶ Experimentele wetgeving mist derhalve per definitie algemeenheid en tast in die zin het beginsel van rechtszeker-

21 Ph. Eijlander & R.A.J. van Gestel, *Horizonwetgeving: effectief middel in de strijd tegen toenemende regeldruk? Een onderzoek naar de functie van werkingsbeperkingen in wetgeving ter vermindering van regeldruk*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2006, p. 17.

22 Aldus ook te lezen in de Kabinetsnota met het beleidsplan ‘Zicht op wetgeving’, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 23/24. Deze eis is te herleiden tot het legaliteitsbeginsel of beter gezegd de gedachte die daaraan ten grondslag ligt. Het legaliteitsbeginsel houdt in dat het optreden van de overheid waardoor burgers gebonden worden, berust op een wettelijke grondslag. Dit ter voorkoming van willekeurig overheidsoptreden en machtsmisbruik. In deze zin M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2012, p. 42 en 43.

23 Zie het WODC-rapport J.L.W. Broeksteeg, E.M.J. Hardy, S. Klosse, M.G.W.M. Peeters & L.F.M. Verhey, *Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State*, Den Haag: WODC 2005/233, p. 168 e.v.

24 Deze toelichting leunt zwaar op het beleid dat aan deze bepalingen ten grondslag ligt, zoals verwoord in de Nota Vertrouwen in wetgeving, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1.

25 Deze beschrijving is afkomstig van de Commissie Harmonisatie van Wetgeving (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 762, A, p. 2); deze heeft het begrip experimentele wetgeving in 1997 als volgt gedefinieerd: ‘het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een bepaald maatschappelijk probleem. Dit is in sommige gevallen nodig omdat het niet altijd mogelijk is om op voorhand een inschatting te maken of een bepaald wettelijke instrument daadwerkelijk de oplossing zal bieden voor het betreffende maatschappelijke probleem.’

26 Dit uitgangspunt is duidelijk weergegeven in de toelichting op art. 10b van de Ar.

heid en gelijkheid aan.²⁷ Dat is onderkend en om die reden zijn er voorwaarden voor experimentele wetgeving gesteld in aanw. 10b en aanw. 33a Ar. De aanwijzingen waarborgen dat de (mogelijke) rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid tijdelijk van aard zijn en dat deze negatieve effecten zorgvuldig worden afgewogen en mogelijk tot het minimale worden beperkt. Het uitgangspunt bij experimentele wetgeving is dat met het experiment ervaring wordt opgedaan met een wettelijke regeling en op basis daarvan de doeltreffendheid en doelmatigheid van die regeling nader onderbouwd kan worden bij de eventuele verankering in vaste wetgeving. Experimentele wetgeving dient dan ook *tijdelijk* te zijn; er moet een vervaldatum worden opgenomen in de wet. Wil op basis van het experiment de regeling structureel verankerd worden in wetgeving, dan dient op basis van het experiment de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regeling (nut en de noodzaak van de wettelijke regeling) duidelijk uit het experiment te blijken. Evaluatie van het experiment is derhalve essentieel. Aanw. 10b tweede lid bepaalt dat in de *toelichting* op de experimentele wet- of regeling in ieder geval aangegeven *moet* worden wanneer en op welke wijze evaluatie plaatsvindt. Het is echter niet verplicht een evaluatiebepaling in de wet of regeling zelf op te nemen. In de toelichting (de MvT of NvT) moet ingegaan worden op de relevantie van de experimentele wet- of regelgeving, de aard ervan, het doel, de functie, de opzet en de beoordeling van het experiment. De Raad van State toetst experimentele regelingen en wetten aan deze eisen die kunnen worden afgeleid uit aanw. 10a en 10b.²⁸ Op grond van aanw. 33a kunnen in experimentele wetgeving bepalingen worden opgenomen waarmee in een lagere regeling bij wijze van experiment kan worden afgeweken van hogere wetgeving.

Hoewel de aanwijzingen in dat opzicht duidelijk zijn, wordt in de toelichting op aanw. 10a en 10b, benadrukt dat, gelet op mogelijke strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, niet te snel moet worden overgegaan tot experimentele wetgeving. De verwachting moet bestaan dat op het betrokken terrein zinvolle experimenten mogelijk zijn, hetgeen moet blijken uit de onderbouwing en de evaluatie ervan beschreven in de toelichting op het wetsvoorstel.

3 De Crisis- en herstelwet

Van meet af aan leek de Chw²⁹ een voorbeeld van experimentele wetgeving pur sang. Voor onderdelen van de Chw werd dit in de memorie van toelichting ook als zodanig verwoord, zoals de regeling omtrent ontwikkelingsgebieden, innovatieve projecten en het zogenoemde projectuitvoeringsbesluit.³⁰ In haar geheel werd de Chw in de memorie van toelichting echter niet als experiment, maar als een spoedwet gepresenteerd; als een

27 Wetgeving dient algemeen te zijn; het dient van toepassing te zijn op objectief omschreven situaties en in abstracto omschreven categorieën van personen. De achterliggende gedachte is dat algemeenheid de burger beschermt tegen de willekeur van de overheid. De kern van het beginsel van de rechtszekerheid is dat wetgeving kenbaar en voorzienbaar is. Duidelijkheid over de rechtspositie en de voorspelbaarheid van bestuurshandelen vormen de kern van dit beginsel. De rechtsgelijkheid houdt, kort gezegd, in dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld.

28 Aldus G.J. Veerman & S. Bulut, 'Voorbij de horizon. Over experimenteer- en horizonbepalingen', *TvCR* 2011, p. 299.

29 Bekendmaking in *Stb.* 2010/135 en inwerkingtreding op 31 maart 2010, *Stb.* 2010/137.

30 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 4, 12 en 13.

maatregel ter bestrijding van de crisis.³¹ Dat dit wringt, kan ook opgemaakt worden uit het advies op het wetsvoorstel van de Afdeling advisering van de Raad van State.³² Kritiekpunt is dat er uiteenlopende maatregelen worden getroffen in de Chw die deels experimenteel van aard zijn en vooruitlopen op op stapel liggende wetswijzigingen/wetsvoorstellen, waarvan op voorhand niet duidelijk is of op z'n minst betwijfeld kan worden, dat die maatregelen daadwerkelijk effect zullen sorteren.³³

Aansluitend merk ik hierbij op dat juist in het geval wetgeving in een urgente nood- of spoedsituatie wordt ingezet om die nood- of spoedsituatie het hoofd te bieden, met daarin soms vergaande wettelijke maatregelen die zelfs mogelijk in strijd komen met rechtsstatelijke beginselen, die nood- of spoedsituatie nadrukkelijk dient te worden beschreven in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel. Is er daarentegen sprake van een experiment omdat met nieuwe wettelijke instrumenten wordt beproefd of deze instrumenten leiden tot een vereenvoudiging en versnelling van besluitvorming omtrent activiteiten in de leefomgeving, dan zijn vergaande maatregelen vergelijkbaar met de Dgr niet op voorhand aanvaardbaar. Enige frictie met die beginselen is wel denkbaar, bijvoorbeeld indien het experiment betrekking heeft op het verkorten van termijnen in de besluitvormingsprocedure. Een fictief voorbeeld ter verduidelijking: blijkt uit een experiment dat met innovatieve ICT-maatregelen tot een aanzienlijke verkorting van termijnen kan worden gekomen waarmee tevens wordt voldaan aan het vereiste van zorgvuldige besluitvorming, dan is het gevaar van tijdelijke onzorgvuldige besluitvorming tijdens het experiment mijns inziens aanvaardbaar te achten.

De Chw was aanvankelijk (voor een belangrijk deel) tijdelijk van aard: de maatregelen dienen bij te dragen aan het oplossen van een tijdelijk probleem. In die zin leek de Chw meer weg te hebben van horizonwetgeving. De Chw is in april 2013 gewijzigd en heeft een meer permanent karakter gekregen.³⁴ Er is nog wel een horizon, maar waar die ligt, is onduidelijk nu deze formeel is gekoppeld aan een Koninklijk Besluit en materieel aan de inwerkingtreding van de Omgevingswet.³⁵ Er is momenteel, voorjaar 2014, geen enkel zicht op de termijn waarbinnen deze wet in werking zal treden. De Afdeling advisering van de Raad van State had in haar advies op het wetsvoorstel tot de, in de wandelgangen omgedoopte, 'permanente Chw', kritiek op het vervallen van experimentele karakter van deze wet. Met name werd gewezen op de experimentele regelingen omtrent ontwikkelingsgebieden en innovatieve projecten. Deze experimenten waren, en zijn nog steeds, niet afgerond en het opnemen van deze instrumenten in vaste wetgeving – het plan was om deze instrumenten op te nemen in de Wro en de Wabo – werd op z'n zachtst gezegd als voorbarig aangemerkt.³⁶ De minister ging overstag en het ontwerp-wetsvoorstel werd aangepast. Wat daarbij sneuvelde was de evaluatiebepaling en tevens een beschrijving van de evaluatie in de memorie van toelichting. Dat is als volgt onderbouwd in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Permanente Chw: *'Aangezien de experimenten een doorlooptijd van tien tot soms zelfs vijftien jaar kennen, is te verwachten dat deze verslagen eerst verspreid in de periode tussen 2020 en 2025 beschikbaar*

31 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 2.

32 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 4.

33 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 4, p. 12.

34 Bekendmaking en inwerkingtreding *Stb.* 2013/144.

35 Ten tijde van dit schrijven is het wetsvoorstel Omgevingswet in voorbereiding en heeft de Afdeling advisering van de Raad van State advies uitgebracht. Dat advies en het daarbij behorende ontwerp-wetsvoorstel zijn niet openbaar. Het is op dit moment, maart 2014, niet exact bekend wanneer het wetsvoorstel naar de Tweede Kamer wordt gestuurd.

36 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 135, nr. 4, p. 6/7, p. 30, p. 34-37.

zullen komen. Hoewel in algemene zin geldt dat een evaluatie pas zinvol is, wanneer een experiment is afgerond, bestaat voor deze experimenten al veel eerder behoefte aan (enig) zicht op de effectiviteit van de huidige bepalingen. Immers, op basis van de ervaringen in de eerste jaren na inwerkingtreding van de Chw kunnen lessen getrokken worden, die benut kunnen worden voor de verdere uitwerking en implementatie van bepalingen in de nieuwe Omgevingswet. Gelet op het strakke tijdpad voor de totstandkoming van de Omgevingswet, wordt afgezien van een formeelwettelijke tussenevaluatie. Benutting van lessen uit lopende experimenten zal herkenbaar in de memorie van toelichting bij de Omgevingswet worden verantwoord. Een eerste rapportage over de effectiviteit van deze Chw-experimenten is meegenomen bij de voorbereiding van het wetsvoorstel en toegezonden aan de Tweede Kamer (zie het algemeen gedeelte van deze memorie van toelichting).'

Er wordt klip en klaar aangegeven dat een evaluatie van de lopende experimenten niet kan worden afgewacht. Er ligt wel een rapport waarin is beschreven dat de experimenten succesvol verlopen en dat er resultaten worden geboekt.³⁷ Van een evaluatie zoals de Afdeling advisering van de Raad van State voorstaat, is echter geen sprake. Zolang de effecten van de experimentele wetgeving niet zijn geëvalueerd, kan dergelijke wetgeving niet als basis dienen voor (aanpassing van de) wetgeving, aldus de Raad van State.³⁸ De Ar geeft echter meer ruimte. Hoewel in de toelichting op aanw. 10b Ar staat dat een verplichting om in alle gevallen een expliciete evaluatiebepaling op te nemen onnodig is, dient in de toelichting bij een experimenteerbepaling wel te worden aangegeven hoe evaluatie zal plaatsvinden. Van de aanwijzingen in de Ar kan echter worden afgeweken, aldus aanw. 5: *'Afwijking van deze aanwijzingen is slechts toegestaan, indien onverkorte toepassing daarvan uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden.'* En het is dit argument dat in feite is aangedragen in de memorie van toelichting zoals weergegeven in bovenstaande citaat. De ervaringen die worden opgedaan met de nieuwe experimentele bepalingen in de Chw worden uiteindelijk in de toelichting op het wetsvoorstel Omgevingswet meegenomen. Van een degelijke evaluatie die plaatsvindt na afloop van de experimenten, is geen sprake en de kans is niet denkbeeldig dat op dat punt de onderbouwing in de komende Omgevingswet, voor zover daarin de experimentele wettelijke regelingen uit de Chw al dan niet in gewijzigde vorm zijn overgenomen, tekort zal schieten.

37 Ministerie van Infrastructuur en Milieu, *Rapportage praktijkervaringen Crisis- en herstelwet*, evaluatie 2010-2011.

38 In die zin *Kamerstukken II* 2011/12, 33 135, nr. 4, p. 35. De Afdeling advisering Raad van State heeft in verschillende adviezen over experimentele wetgeving op dezelfde wijze geadviseerd. Zoals in *Kamerstukken II* 2013/14, 33 844, nr. 4 (advies van de Raad van State inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gesteld en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen in verband met het vervoer, het medisch klachtrecht en enkele andere onderwerpen) en *Kamerstukken II* 2008/2009, 32 022, nr. 4 (advies van de Raad van State inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Drank- en Horecawet met het oog op de terugdringing van het alcoholgebruik onder met name jongeren, de voorkoming van alcoholgerelateerde verstoring van de openbare orde, alsmede ter reductie van de administratieve lasten).

4 De Crisis- en herstelwet als experiment in gevaarlijk vaarwater?

Zoals hiervoor in par. 2 beschreven, is een voorwaarde voor de inzet van experimentele wetgeving dat het doel en de functie van de experimentele wetgeving duidelijk zijn gemotiveerd in de memorie van toelichting. Dat blijkt niet het geval te zijn bij het wetsvoorstel Chw; dit geldt in het bijzonder met betrekking tot het doel van de Chw. Dat is immers het verminderen van complexiteit en stroperigheid van besluitvorming. Hoe verhoudt deze doelstelling van de Chw zich tot de experimentele bepalingen in de Chw? De experimenteermaatregelen hebben niet zozeer betrekking op de versnelde aanvang en uitvoering van projecten, maar om specifieke projecten of ontwikkelingen überhaupt mogelijk te maken die dat eerder niet waren binnen de bestaande wetgeving.³⁹ Op z'n minst kan hier gesproken worden van een onevenwichtige onderbouwing van het wetsvoorstel en dat brengt de Chw in gevaarlijk vaarwater. Het maakt de wet immers gevoelig voor fundamentele kritiek. Zo is de wetgever door critici beticht van gelegenheidswetgeving.⁴⁰ Het verwijt van willekeur ligt dan op de loer, hetgeen het vertrouwen in de rechtsstaat ernstig kan schaden. De Chw onderstreept op dit punt nogmaals het belang van het wetgevingskwaliteitsbeleid zoals neergelegd in de Ar, waarin randvoorwaarden zijn opgenomen voor de totstandkoming en inhoud van wetgeving, daarbij inbegrepen experimentele wetgeving en de toegevoegde waarde van dergelijke wetgeving.

5 Slot

Uit de ervaringen met de totstandkoming van de Chw kan de les getrokken worden dat vooraf duidelijk inzichtelijk moet worden gemaakt, gezien de doelstelling van de wettelijke regeling waaruit experimentele wetgeving dan wel nood- of spoedwetgeving voortvloeit, of er sprake is van experimentele wetgeving dan wel van nood- of spoedwetgeving. Een verantwoording van de nieuwe wettelijke instrumenten en de effectiviteit ervan zal zo nodig met een degelijke evaluatie dienen plaats te vinden. Dat geldt in het bijzonder voor experimentele bepalingen waarvan niet op voorhand kan worden vastgesteld of voorspeld dat deze bepalingen het bedoelde effect zullen sorteren. Op deze wijze kunnen de opgedane ervaringen van het experiment optimaal worden benut, hetgeen zal bijdragen aan daadwerkelijk kwalitatief betere regelgeving. Niet alleen in tijden van economische malaise is daaraan behoefte.

39 De minister wijst daar overigens ook op in het nader rapport n.a.v. het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 4, p. 25: 'Het oogmerk van het voorstel [de experimenteerregeling milieuontwikkelingsgebieden] is veel meer gelegen in het mogelijk maken van nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen dan het brengen van alle nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen onder de noemer van snelheid.'

40 S.E. Zijlstra was hierover niet te spreken en beticht de wetgever misbruik van wetgeving door het opdoen van ervaring aan te merken als een onderhandelingsmethode (salamitechniek: opdelen van het onderhandelingsproces met als doel met de andere partij tot overeenstemming te komen), in: 'Van de gelegenheid is gebruikgemaakt. Misbruik van bevoegdheid door en onder de Crisis- en herstelwet', *NTB* 2009/9, p. 263.

5 Rechtszekerheid en borging in bestemmingsplannen

Niels Koeman

1 Inleiding

In de vele jaren dat Dick Lubach werkzaam was op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht is ten minste één thema actueel gebleven. Ik doel dan op de spanning binnen dat rechtsgebied tussen rechtszekerheid en flexibiliteit. In de handboeken leest men steeds weer dat flexibiliteit in een spanningsrelatie staat tot rechtszekerheid. 'De flexibiliteitsinstrumenten leiden er immers toe keuzes in de tijd vooruit te schuiven, veranderingen mogelijk te maken en uitzonderingen toe te staan. Al te veel flexibiliteit leidt tot verlies van rechtszekerheid', zo merken Van Buuren c.s.¹ op.

In dit opstel zal ik een poging doen de spanning tussen rechtszekerheid en flexibiliteit onder de vigeur van de Wro opnieuw te analyseren. Is het wel zo logisch dat de rechtszekerheid nog steeds een prominente rol speelt in bestemmingsplannen? Wie wordt er eigenlijk beschermd door het rechtszekerheidsbeginsel?

Verband houdend met de rechtszekerheid maar daar toch ook van te onderscheiden is de vraag in hoeverre in het bestemmingsplan zekerheid kan worden verschaft over de realisering van voorzieningen en maatregelen die voor een goede ruimtelijke ordening wenselijk of noodzakelijk worden geacht. Hoe kan verzekerd worden dat voorzieningen en maatregelen die in een bestemmingsplan mogelijk worden gemaakt, ook daadwerkelijk getroffen zullen worden? Deze vraag naar de borging is het tweede onderwerp van dit opstel. Wanneer is borging nodig en hoe moet die dan worden vorm gegeven?

2 Flexibiliteitsinstrumenten

Als we spreken over flexibiliteit in het ruimtelijk bestuursrecht doelen we in de eerste plaats op de flexibiliteitsinstrumenten die de bindende werking van het bestemmingsplan verzachten en relativeren. Dan gaat het om de mogelijkheid om bestemmingen te wijzigen, om bestemmingen uit te werken en om af te wijken van het bestemmingsplan. De jurisprudentie stelt echter, onder verwijzing naar de rechtszekerheid, eisen aan de toepassing van die instrumenten. Startpunt bij de beoordeling van deze flexibiliteitsinstrumenten zijn de eisen die in het algemeen aan bestemmingen en bestemmingsregels gesteld worden. Die regels en bestemmingen moeten duidelijk zijn en maar voor één uitleg vatbaar. Voorts geldt als eis dat bij toetsing van een vergunningaanvraag aan het plan de vraag naar de vergunbaarheid beantwoord kan worden zonder nadere afweging. Omtrent een planregel, inhoudende dat de oprichting van geluidgevoelige gebouwen niet is toegestaan, tenzij met een akoestisch onderzoek wordt aangetoond dat de om-

1 P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofddlijnen ruimtelijk bestuursrecht* (achtste druk), Deventer: Kluwer 2010, p. 60.

liggende bedrijven daardoor niet onevenredig in hun bedrijfsvoering worden beperkt, werd geoordeeld:

‘Een bestemmingsplan heeft een goede ruimtelijke ordening tot doel. Deze wordt verkregen door het coördineren van de verschillende belangen tot een harmonisch geheel dat een grotere waarde vertegenwoordigt dan het dienen van de belangen afzonderlijk. Wat betreft de in het plan gegeven bouw- en gebruiksmogelijkheden moet dan ook worden aangenomen dat bij de planvaststelling de ruimtelijke gevolgen daarvan zijn beoordeeld. Uit artikel [...] van de planregels blijkt echter dat ook in de gevallen waarin het bouwen van gebouwen is toegestaan, een nadere afweging door het college van burgemeester en wethouders is vereist bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor bouwen. Het plan biedt daarmee onvoldoende zekerheid omtrent de vraag of voor een bouwinitiatief een omgevingsvergunning kan worden verkregen.’²

Dat de jurisprudentie verfijnd is en dat subtiele verschillen in formulering tot een andere uitkomst kunnen leiden laat de uitspraak van 18 juli 2012³ zien. In dat geval ging het om een planregel die de bouw van aanlegsteigers mogelijk maakte ‘waarbij de waterdoorgang niet mag worden gehinderd’. De Afdeling achtte deze planregel voldoende rechtszeker en overwoog:

‘Voor zover appellant betoogt dat de zinsnede ‘waarbij de waterdoorgang niet mag worden gehinderd’ in artikel [...] rechtsonzeker is, overweegt de Afdeling dat hetgeen appellant op dit punt aanvoert hiertoe geen aanleiding geeft. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen [...] is het opnemen van een nader afwegingsmoment wat betreft de in het plan gegeven bouw- en gebruiksmogelijkheden in beginsel niet aanvaardbaar. Anders dan in voornoemde uitspraak is in dit geval geen sprake van een nadere afweging van belangen omtrent het toegestane grondgebruik, maar is sprake van een toetsing door het college van burgemeester en wethouders bij het beslissen omtrent een aanvraag om een omgevingsvergunning voor het bouwen ten behoeve van een aanlegsteiger of daarbij is voldaan aan de in een planregel gestelde beperkingen ten aanzien van het toegestane grondgebruik. Of sprake is van een gehinderde waterdoorgang moet worden gezien als een nadere invulling van die planregel. Hiermee ontstaat een zekere mate van flexibiliteit bij de bouw van aanlegsteigers, waarbij verschillende omstandigheden in verschillende waterlopen in ogenschouw kunnen worden genomen. Dat een nadere invulling is opgenomen, betekent in dit geval niet dat de bepaling daardoor rechtsonzeker is’.

Een nader afwegingsmoment is dus niet toegestaan, een nadere invulling van een enigszins vage norm wel. Het onderscheid tussen afwegen en invullen is echter niet altijd gemakkelijk te maken. Duidelijk is wel dat het niet geoorloofd is in een gedetailleerd bestemmingsplan wezenlijke ruimtelijke beslissingen, zoals de vraag of op een bepaalde locatie een woning kan worden gebouwd, te verschuiven naar het moment dat omtrent een bouwinitiatief wordt besloten.

Niet alleen wordt een nader afwegingsmoment in de jurisprudentie niet geoorloofd geacht, ook anderszins legt de jurisprudentie een sterke nadruk op de rechtszekerheid. Zo wordt op verschillende momenten een objectieve begrenzing verlangd, onder meer wanneer in het plan een bevoegdheid tot wijziging is opgenomen.⁴ Gaat het om een ander flexibiliteitsinstrument, zoals het globale bestemmingsplan met uitwerkingsplicht, dan accepteert de jurisprudentie niet dat in de uitwerkingsregels de uitwerking afhankelijk wordt gesteld van een onzekere gebeurtenis in de toekomst. Zie in dit verband

2 Vz. ABRvS 1 december 2011, nrs. 201110800/1/R1 en 201110800/2/R1.

3 ABRvS 18 juli 2012, nr. 201100924/1/R1.

4 Vgl. ABRvS 26 augustus 2009, nr. 200806020.

bijvoorbeeld de Afdelingsuitspraak van 10 augustus 2011 betreffende het bestemmingsplan Zuidplas West.⁵ In de uitwerkingsregels van dit deels globale plan was bepaald dat B&W een uitwerkingsplan voor het Ringvaartdorp vaststellen nadat het college van GS heeft aangetoond middels een woningbouwmonitor of anderszins dat de ontwikkeling van dat dorp noodzakelijk is vanuit de woningbehoefte in de stadsregio Rotterdam en/of de Zuidvleugel. De Afdeling vernietigde de betreffende uitwerkingsregels wegens strijd met art. 3.6, lid 1 onder b, Wro, nu de uitwerking afhankelijk was gesteld van een onzekere gebeurtenis.

3 Wie wordt beschermd door het rechtszekerheidsbeginsel?

Waarom hechten de jurisprudentie en de wetgever zo sterk aan de rechtszekerheid en wie worden daardoor beschermd? Ik denk dat het antwoord op die vraag in twee richtingen gezocht kan worden. In de eerste plaats beschermt de rechtszekerheid degene met een toekomstig bouwinitiatief. De aanvrager van een omgevingsvergunning om te bouwen moet, zo is kennelijk de redenering, op voorhand een behoorlijke inschatting kunnen maken van de vergunbaarheid van zijn bouwplan. In de hiervoor genoemde uitspraak van 1 december 2011 werd die reden uitdrukkelijk genoemd om de rechtsonzekere planregel niet acceptabel te achten. In de tweede plaats beschermt de rechtszekerheid de grondeigenaar die zich verzet tegen een nieuwe bestemming van zijn grond, maar daarentegen het huidige gebruik (en dus de huidige bestemming) wil voortzetten. Dat belang laat zich gemakkelijk voorstellen in het geval Zuidplas West. Wanneer een agrariër opkomt tegen een globale woonbestemming op zijn gronden terwijl het nog helemaal niet zeker is dat ooit de woningbehoefte zal worden aangetoond, verzet de rechtszekerheid zich ertegen nu al een dergelijke woonbestemming te leggen en daarmee de agrarische ontwikkelingsmogelijkheden af te sluiten. Spelen beide genoemde belangen echter niet en wordt het argument van de rechtszekerheid uitsluitend gebruikt door tegenstanders van het plan die geen grondeigenaar zijn en van wie ook geen bouwinitiatieven te verwachten zijn, dan zie ik minder aanleiding snel een beroep op de rechtszekerheid te honoreren. In het verlengde van het relativiteitsbeginsel – als al het relativiteitsbeginsel niet zelf in het geding is – valt naar mijn mening te overwegen om een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel – of zo men wil op strijd met art. 3.6 lid 1 sub b Wro – met name te honoreren wanneer belangen in het geding zijn die door dat beginsel beschermd worden.

Verder kan worden opgemerkt dat er diverse ontwikkelingen in het ruimtelijk bestuursrecht zijn die het belang van de rechtszekerheid in bestemmingsplannen relativeren. Bestemmingsplannen worden tegenwoordig vaak in belangrijke mate bepaald door de inhoud van provinciale verordeningen. Soms zijn bepalingen uit die verordeningen ook rechtstreeks een weigeringsgrond voor vergunningaanvragen. Voorts is de buitenplanse afwijkingsprocedure inmiddels dusdanig gebruikelijk en veelvuldig toegepast, dat weinig over is van de mechanische vergunningverlening en -weigerings op grond van het aloude limitatieve imperatieve stelsel. Dat stelsel is op zijn best nog functionerend als vangnet voor degene die een bouwplan ontwikkelt: hij weet wat hij minimaal kan realiseren, mogelijke welstandsproblemen daargelaten en afgezien van het feit dat de gebruikmaking van een vergunning om te bouwen gefrustreerd kan worden door bijvoorbeeld het natuurbeschermingsrecht. Die vangnetfunctie is niet oninteressant, maar

5 ABRvS 10 augustus 2011, nr. 200906804/1/R1.

moet ook niet overschat worden nu de praktijk leert dat in veel gevallen door een initiatiefnemer een beroep wordt gedaan op de binnenplanse of buitenplanse afwijkmogelijkheden (art. 2.12 Wabo). Dan is de medewerking van het bevoegd gezag nodig, die daarbij een ruime mate van beleidsvrijheid heeft. Een grote beleidsvrijheid staat uiteraard haaks op het rechtszekerheidsbeginsel.

Concluderend kan worden gesteld, dat als het gaat om de flexibiliteitsinstrumenten uit de Wro en om de rechtszekerheid in bestemmingsplannen, er in het algemeen aanleiding lijkt te bestaan tot enige relativering van de rechtszekerheid. Die relativering kan gedifferentieerd plaatsvinden, waarbij de vraag van belang is of bij de appellant of eiser belangen in het geding zijn, die door dat beginsel worden beschermd. De omstandigheid dat niet al bij de planvaststelling volledig valt te voorzien wat en wanneer het ruimtelijke eindresultaat zal zijn, behoeft niet altijd reden te zijn om het plan niet aanvaardbaar te achten.

4 Borging van maatregelen

Ik stap over naar een ander element van de rechtszekerheid, te weten de vraag wanneer in een bestemmingsplan de maatregelen en voorzieningen die nodig of wenselijk worden geacht in verband met een ruimtelijke ontwikkeling moeten worden geborgd, en zo ja, op welke manier die borging moet plaatsvinden. Denk in dit verband aan de groenzone die het opslagterrein aan het zicht moet onttrekken of aan de geluidswal die ervoor moet zorgen dat de woningen langs de weg niet te zwaar met geluid belast worden.

Vooraf moet worden opgemerkt dat in de ruimtelijke ordening letterlijk en figuurlijk alles met alles samenhangt. Een nieuwe woonbestemming is niet goed mogelijk zonder de verkeersbestemming voor de weg die de woning zal ontsluiten. Een nieuwe woonwijk kan niet zonder winkelcentrum, dat op zijn beurt weer samenhangt met een parkeerterrein of parkeergarage. Een bedrijfsterrein is vaak niet goed inpasbaar zonder een omringende groengordel en bovendien afhankelijk van een afrit van een doorgaande weg. Als alle samenhangende ontwikkelingen formeel en bindend aan elkaar gekoppeld worden dreigt een star en weinig flexibel stelsel te ontstaan. Als daarentegen iedere vorm van koppeling ontbreekt bestaat de kans dat een eindresultaat ontstaat dat moeilijk als een goede ruimtelijke ordening valt aan te merken: denk aan een winkelcentrum zonder parkeermogelijkheden of aan een bedrijfsterrein dat voor vrachtauto's nauwelijks bereikbaar is.

Voorts moet in herinnering worden geroepen dat wij nog steeds een stelsel van toelatingsplanologie hebben en dat volgens vaste jurisprudentie gebodsbepalingen in bestemmingsplannen niet zijn toegestaan. Afgezien van onteigening en realisering van bestemmingen van overheidswege, geldt dat het een grondeigenaar vrijstaat een op zijn grond gelegde bestemming al dan niet te verwezenlijken. Met toelatingsplanologie verdraagt zich moeilijk de gedachte dat er een verplichting bestaat bepaalde bestemmingen daadwerkelijk tot stand te brengen.

Ten slotte kan worden vastgesteld dat het buiten het bestemmingsplan niet ongebruikelijk is en geoorloofd wordt geacht om nieuwe ontwikkelingen te koppelen aan bepaalde maatregelen. Het instrument van de vergunning wordt daar regelmatig voor gebruikt. Denk aan het geval dat op een perceel één woning is toegestaan en dat vergunning voor de bouw van een nieuwe woning wordt verleend onder de voorwaarde dat de bestaande woning wordt afgebroken.

5 Voorwaardelijke verplichting

Aan de Mer-richtlijn⁶ komt de eer toe als breekijzer te hebben gefungeerd bij de vernieuwing van het denken over de koppeling van maatregelen met nieuwe ontwikkelingen die in een bestemmingsplan worden mogelijk gemaakt. De richtlijn verlangt in art. 8 dat de milieu-informatie die in een MER wordt verzameld over een voorgenomen activiteit zo nodig ook in het mer-plichtige besluit bindend kan doorwerken. Aangezien in het Nederlandse stelsel een bestemmingsplan soms als mer-plichtig besluit is aangewezen, moest een weg worden gevonden om noodzakelijke milieuvorzieningen, blijkend uit het MER, in een bestemmingsplan bindend voor te schrijven. In de Linderveld-uitspraak⁷ vond de Afdeling daarvoor een oplossing door het fenomeen van de voorwaardelijke verplichting te introduceren. De Afdeling stelde vast dat art. 10 WRO – en hetzelfde zal wel gelden voor art. 3.1 Wro – zich er niet tegen verzet dat in een bestemmingsplan wordt bepaald dat nieuwe activiteiten worden gekoppeld aan het treffen van bepaalde voorzieningen of maatregelen in de vorm van een voorwaardelijke verplichting. Zo kan worden bepaald dat vergunningen voor de bouw van bedrijfsgebouwen op een nieuw industrieterrein pas verleend kunnen worden wanneer de noodzakelijke groenzone rondom dat industrieterrein is aangelegd. Formeel verdraagt de voorwaardelijke verplichting zich met het stelsel van toelatingsplanologie omdat het de grondeigenaar nog steeds vrij staat om geen gebruik te maken van de aan zijn grond gegeven bestemming. Materieel is er ontegenzeggelijk sprake van een spanning met dat stelsel, zeker in de gevallen dat de te treffen maatregelen zich in een wat verder verwijderd verband van de door het plan mogelijk gemaakte activiteit bevinden.

Na de Linderveld-uitspraak heeft de voorwaardelijke verplichting in korte tijd een tamelijk grote vlucht genomen. Voorwaardelijke verplichtingen worden door de raad in bestemmingsplannen opgenomen dan wel door de jurisprudentie verlangd, ook in gevallen dat er geen sprake is van een mer-plichtig besluit. Het kan daarbij gaan om de landschappelijke inpassing van gebouwen, om de aanleg van geluidschermen of dove gevels, om maatregelen tegen lichthinder, om de aanleg van parkeervoorzieningen en tal van andere maatregelen of voorzieningen die in verband met een nieuwe activiteit of ontwikkeling worden verlangd. Inmiddels is ook sprake van verschillende manieren om een voorwaardelijke verplichting in een bestemmingsplan technisch-juridisch vorm te geven. In vrijwel alle gevallen wordt de voorwaardelijke verplichting niet alleen gekoppeld aan de realisering van de maatregel of de voorziening, maar ook aan de instandhouding daarvan. Enerzijds is dat goed te begrijpen omdat het treffen van een maatregel of voorziening weinig voorstelt, wanneer die maatregel of voorziening vervolgens ongestraft weer ongedaan kan worden gemaakt. Anderzijds dreigt opnieuw een star en qua handhaving kwetsbaar stelsel wanneer nog na decennia sprake is van de verplichte instandhouding van voorzieningen en maatregelen die ooit gekoppeld waren aan een destijds nieuwe ontwikkeling. Voorts creëert de voorwaardelijke verplichting een opmerkelijk onderscheid tussen bestaande en nieuwe situaties: het nieuwe bedrijventerrein krijgt verplicht een groenzone, bij het bestaande bedrijventerrein ontbreekt die. Na verloop van jaren kan dat onderscheid nog meer vragen oproepen, omdat de nieuwe ontwikkeling inmiddels een bestaande is geworden. Waarom beschikt het ene winkelcentrum (ooit met een voorwaardelijke verplichting gerealiseerd) over een ruime

6 Richtlijn van 27 juni 1985 (85/337/EG), PbEG, 1985, L 175, p. 42 e.v.

7 ABRvS 22 maart 2006, nr. 200502510/1.

parkeervoorziening die niet opgeheven mag worden, terwijl het andere winkelcentrum (dat is gebouwd toen er niet over voorwaardelijke verplichtingen werd gesproken) daar niet over beschikt en de beperkte parkeerruimte ook nog opgeofferd mag worden aan andere functies?

6 Te ver doorgeschoten?

De vraag kan dus gesteld worden of in de praktijk niet te snel naar de voorwaardelijke verplichting wordt gegrepen. Leiden te veel voorwaardelijke verplichtingen er niet toe, dat het ruimtelijk planningsstelsel te weinig flexibel en te star wordt, omdat sommige functies tot in lengte van jaren vast liggen? Ik wil niet betogen dat een bestaande voorwaardelijke verplichting in een bestemmingsplan nimmer geschrapt of gewijzigd zou kunnen worden, maar het is duidelijk dat een maatregel of voorziening die op enig moment noodzakelijk is geoordeeld in het kader van een ruimtelijke ontwikkeling op een later tijdstip niet gemakkelijk overbodig geacht kan worden. Anders gezegd: is eenmaal voor een voorwaardelijke verplichting gekozen dan zal het niet gemakkelijk zijn in een later plan die verplichting weer ongedaan te maken. Enige terughoudendheid is dus geboden. In drie categorieën van gevallen is een voorwaardelijke verplichting naar mijn mening in een bestemmingsplan rechtens noodzakelijk:

1. Indien sprake is van een mer-plichtig plan of besluit en uit het MER volgt dat de activiteit alleen aanvaardbaar is te achten, wanneer een bepaalde voorziening of maatregel wordt getroffen. Het gaat dan niet om voorzieningen of maatregelen die wenselijk of aantrekkelijk zijn, maar om maatregelen en voorzieningen zonder welke de activiteit ontoelaatbaar moet worden geacht.
2. Indien sprake is van een wettelijke verplichting die geldt voor de ontwikkeling die in het bestemmingsplan wordt mogelijk gemaakt. Denk aan de dove gevel op een geluidgevoelig gebouw in de situatie dat zonder een dergelijke gevel dat gebouw niet kan worden gerealiseerd.
3. Indien de voorwaardelijke verplichting als voorwaarde bij een vergunning rechtsgeldig gesteld had kunnen en moeten worden. Als voorbeeld noem ik weer het geval dat op een perceel één woning toegestaan kan worden en als voorwaardelijke verplichting in het bestemmingsplan in geval van nieuwbouw de sloop van de bestaande woning wordt verlangd.

Buiten de genoemde gevallen staat het de gemeenteraad vrij voorwaardelijke verplichtingen in een bestemmingsplan op te nemen ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening en ten einde de gemeentelijke intenties duidelijk te maken en om te zetten in bindende verplichtingen. Ik betwijfel echter of dan van een gehoudenheid tot het opnemen van een voorwaardelijke verplichting kan worden gesproken. Bij dat standpunt betrek ik, dat naar mijn mening de overheid ook zonder voorwaardelijke verplichting gehouden is zorg te dragen voor een goede ruimtelijke ordening, in het bijzonder als het gaat om publieke voorzieningen. Indien een weg leidt tot te veel geluid in de naastgelegen woonwijk, mag verlangd worden dat saneringsmaatregelen worden getroffen. Indien in een stadscentrum sprake is van onvoldoende parkeerplaatsen, mag verlangd worden dat een parkeervoorziening wordt gerealiseerd. Zo nodig kan door een verzoek tot planherziening worden afgedwongen dat daarover besluitvorming plaatsvindt. Dat

alles geldt ook als er geen voorwaardelijke verplichting in een bestemmingsplan is opgenomen.

7 Programmatische aanpak

Overigens valt te verwachten dat na de inwerkingtreding van de Omgevingswet anders over de voorwaardelijke verplichting in bestemmingsplannen zal worden gedacht. De Omgevingswet maakt de programmatische aanpak in het omgevingsplan mogelijk, hetgeen betekent dat het plan niet alleen nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen mogelijk kan maken, maar tevens een pakket aan maatregelen kan vastleggen, die met die ruimtelijke ontwikkelingen samenhangen. Voor die maatregelen geldt dan een uitvoeringsverplichting voor het gemeentebestuur, maar tevens bestaat de mogelijkheid die maatregelen te wijzigen of te doen vervallen als de behoefte er aan niet meer bestaat. Het lijkt aanneemelijk dat in veel gevallen waarin nu nog voor een voorwaardelijke verplichting wordt gekozen in de toekomst de programmatische aanpak zal worden gehanteerd. Alleen wanneer de verplichting tot realisering van een maatregel of voorziening bij private partijen moet worden gelegd met wie geen contractuele afspraken zijn gemaakt, lijkt de voorwaardelijke verplichting in het plan nog in de rede te liggen.

8 Conclusies

Het voorgaande overziende meen ik de volgende conclusies te mogen trekken:

1. De rechtszekerheid die bestemmingsplannen bieden wordt gemakkelijk overschat. De ruimtelijke besluitvorming is uiteindelijk de uitkomst van een politiek-bestuurlijk proces, dat naar zijn aard slecht voorspelbaar en onderhevig aan regelmatige wijzigingen is. Het is belangrijker dat proces inhoudelijk te reguleren en te controleren dan te trachten de uitkomst daarvan langjarig vast te leggen.
2. De flexibiliteitsinstrumenten uit de Wro en de Wabo moeten hun werk kunnen doen. Niemand is er mee gebaat dat ogenschijnlijk rechtszekere plannen worden vastgesteld, die vervolgens op korte termijn weer worden herzien of waarvan wordt afgeweken.
3. In het verlengde van het relativiteitsbeginsel ligt het voor de hand ook bij een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel, meer dan nu het geval is, de vraag te stellen wie eigenlijk door dat beginsel worden beschermd. Dat zijn met name de grondeigenaar die de bestaande bestemming wil benutten en de mogelijke aanvragers van vergunningen voor bouwplannen. Zij moeten onder omstandigheden met succes een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel kunnen doen.
4. In een beperkt aantal gevallen is er rechtens een noodzaak om in een bestemmingsplan een voorwaardelijke verplichting op te nemen. Buiten die gevallen is er vrijheid, maar ook reden voor voorzichtigheid. Een te gemakkelijk gebruik van

het instrument van de voorwaardelijke verplichting kan leiden tot een rigide en te weinig flexibel stelsel.

5. Naar verwachting zal de programmatische aanpak in de Omgevingswet de behoefte aan de voorwaardelijke verplichting geheel of grotendeels wegnemen.

9 Tot slot

Dick Lubach mag formeel met pensioen gaan, naar ik hoop vertrekt hij niet uit het ruimtelijk bestuursrecht en de andere rechtsgebieden waarop hij in de afgelopen decennia actief was. Daar valt nog genoeg te doen. Tot spoedig, Dick !

6 Het einde van de ruimtelijke ordening

Requiem voor een planningstelsel

Ko de Ridder

1 Inleiding

Het aantreden van het kabinet Rutte I in oktober 2010 ging gepaard met een omvangrijke departementale herverkaveling. Een van de slachtoffers was het ministerie van VROM, dat in 1982 was ontstaan door de samenvoeging van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening enerzijds en Milieu anderzijds. Het grootste deel van de boedel (Milieu en wat er over was van Ruimtelijke Ordening) werd overgenomen door het ministerie van Verkeer en Waterstaat, dat voor de gelegenheid werd omgedoopt tot ministerie van Infrastructuur en Milieu. De reorganisatie was, zoals elke majeure departementale herindeling, veel meer dan een organisatiekundige ingreep: het weerspiegelde een fundamentele wijziging in politieke en maatschappelijke opvattingen, vooral over de betekenis van ruimtelijke beleidsvoering. De wijzingen hadden inhoudelijk al eerder, in 2004, hun beslag gekregen toen het kabinet Balkende III de Vijfde Nota Ruimtelijke Ordening verving door de Nota Ruimte.¹ In deze bijdrage wil ik de stelling onderbouwen dat de kiem voor het verval van de nationale ruimtelijke ordening al veel eerder, in 1982, was gelegd en dat Dick Lubach daarbij een kleine maar niet onbelangrijke rol speelde.

Dick Lubach leerde ik kennen in 1982, als collega wetenschappelijk medewerker bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde. Hij was toen betrokken bij een onderzoeksproject dat bekend stond onder de naam *Afstemmingsonderzoek*. Het project, gefinancierd door de Rijksplanologische Dienst, was van een heden ten dage ongekende omvang. Naast twee medewerkers van de vakgroep (D.A. Lubach en M. Oosting) telde het team vier speciaal voor dit project aangestelde onderzoekers. Zij mochten er twee jaar over doen om de onderzoeksvraag te beantwoorden. Het werk resulteerde uiteindelijk in een kloek boek met de titel 'Ordening van de besluitvorming over de ruimte'.² Het onderzoek markeerde het hoogste stadium in de ideeënvorming over de ordening van de ruimte in ons land. De titel is veelzeggend: centraal in het denken over ruimtelijke ordening stonden toentertijd niet meer zozeer planologische opgaven – 'het streven naar de

1 Ries van der Wouden, David Evers, Rienk Kuiper, 'De veranderende positie van de nationale ruimtelijke ordening in Nederland', *Ruimte & Maatschappij* 2011 (Vol. 2), nummer 3.

2 Tj. de Koningh, J.W.M. van der Knaap, B.W. Leemeijer, R. Schoonveld, D.A. Lubach & M. Oosting, *Ordening van de besluitvorming over de ruimte, over de verticale coördinatie van besluitvorming over ruimtelijke aangelegenheden*, Deventer: Kluwer 1985. Een jaar later zag ook nog een achtergrondstudie het licht: C.N. van der Heiden, W.M. van den Bremen & J.W.M. van der Knaap, *Lessen van eigen bodem: een bestuurskundige studie naar de besluitvorming rond de realisering van afvalverwerkingslokalities*, Deventer: Kluwer 1986.

best denkbare wederkerige aanpassing van ruimte en samenleving³ – als wel de manier waarop over de aanpak van ruimtelijke opgaven beslist zou moeten worden. Meer in het bijzonder ging het om de coördinatie van de vele ruimtelijk relevante beslissingen van talloze overheidsinstanties. Ruimtelijke ordening was coördinatie, volgens velen.⁴ In de eerste tien jaar na de invoering van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (1965) had zich binnen het systeem van de ruimtelijke ordening een fijnmazige beslissingsstructuur ontwikkeld, het *planningstelsel*, bedoeld om al die ruimtelijk relevante besluiten op elkaar af te stemmen. Gedurende het tweede decennium van de wet ontstond er onvrede over het functioneren van dat planningstelsel: het was te traag, en het leidde te vaak tot halfbakken compromissen of zelfs tot *non-decisions*. Belangrijke projecten (aanleg van wegen, spoorlijnen, afvalstortplaatsen, ontgrondingen en dergelijke) kwamen daardoor niet of heel moeizaam van de grond. Kortom, het stelsel werd als stroperig getypeerd. Het Afstemmingsonderzoek had tot doel het planningstelsel door te lichten en aanbevelingen te doen voor een beter, dat wil zeggen projectvriendelijker systeem van besluitvorming. Met de kennis van nu weten we dat de aanbevelingen een eerste stap vormden richting het einde van de ruimtelijke ordening naar Nederlandse snit. In het vervolg van deze bijdrage zal ik eerst een schets geven van de grondslagen van dat systeem van ruimtelijke planning dat in 1965 van start ging en dat eigenlijk nooit heeft gefunctioneerd zoals het door de (vele) ontwerpers was bedoeld.⁵ Daarna bespreek ik de kwetsbaarheden van dat stelsel die het uiteindelijk fataal werden. Ik eindig met een grafrede.

2 De logica van de ruimtelijke ordening

2.1 Het ideaal van de Nederlandse ruimtelijke ordening

Toen de Franse filosoof Descartes zich in ballingschap in de Nederlanden bevond, verbaasde hij zich over de hoge kwaliteit van de systematisch ontworpen Hollandse steden. Zo was hij vol bewondering voor de zeventiende-eeuwse stadsuitleg van Amsterdam met zijn symmetrische grachtengordels. De kennis en kunde van de militaire ingenieurs die vestingen bouwden voor de Prins, was inmiddels omgezet in civiele techniek voor waterstaatkundige werken en voor stedenbouwkundige ontwerpen. En dat gaf toch volgens Descartes een heel wat beter resultaat dan de in het wilde weg gegroeide ‘oude steden’:

3 Deze gevleugelde definitie van ruimtelijke ordening is afkomstig uit de regeringsnota ‘Openbaarheid bij de voorbereiding van het ruimtelijk beleid’ (*Kamerstukken II* 1972, 12 006, nrs. 1-3). Beleidsdocumenten van het kabinet werden indertijd bij voorkeur ‘nota’ genoemd. Over de vele uiteenlopende (al dan niet juridische) definities van het begrip ruimtelijke ordening zie: C.R. Walter, *Nederlandse ruimtelijke ordening. Verslag van een onderzoek naar omschrijvingen van het begrip ruimtelijke ordening en daarmee samenhangende opvattingen*, Delft: Publikatiebureau Bouwkunde 1992.

4 Voor de eerste directeur van de Rijksplanologische Dienst, Bakker Schut, was dit zelfs een reden om de ruimtelijke planning bij de minister-president zelf onder te brengen: ‘Naar mijn mening heeft planning de typische kenmerken van interdepartementale arbeid en als zodanig behoort het geheel tot het ministerie van Algemene Zaken’. Geciteerd in: A. Faludi & A. van der Valk, *Rule and order, Dutch Planning Doctrine in the Twentieth Century*, Dordrecht: Kluwer 1994.

5 Daarover uitvoeriger: J. de Ridder, ‘De WRO in de Wolken’, in: J. de Ridder & N.S.J. Koeman, *Naar een hernieuwd ruimtelijk planningstelsel?* (preadviezen Vereniging voor Bouwrecht 1999), Deventer: Kluwer.

‘Zo zijn er ook oude steden, die aanvankelijk uit niets anders bestonden dan een paar huizen, maar op den duur een grote stad zijn geworden, meestal zeer slecht gebouwd in vergelijking met die nieuwe harmonisch aangelegde vestigingen, die in alle vrijheid door een ingenieur midden in een vlakte ontworpen kunnen worden. Want hoewel op zichzelf beschouwd de gebouwen in een oude stad vaak een fraai of zelfs fraaier zijn, staat alles er schots en scheef door elkaar, zodat de straten ongelijk en bochtig zijn, en het toeval, veeleer dan de wil van een aantal verstandige mensen lijkt te zijn geweest, waardoor ze op die manier bij elkaar staan.’⁶

Zie hier in een notendop het ideaal van de planologie: ruimtelijke ordening als de resultante van het denkwerk van verstandige mensen in plaats van de toevallige uitkomst van het vrije spel der maatschappelijke krachten. In de planologie wordt een stad als Los Angeles (‘een zee van huizen zonder samenhang’) gezien als een extreem voorbeeld van het laatste; de satellietsteden van Moskou als een even extreem voorbeeld van het eerste. Het ideaal van de Nederlandse ruimtelijke sturing werd niet alleen toegepast voor de ordening van de stedelijke inrichting, maar ook voor de ruimtelijke ontwikkeling van het land als geheel. In dat opzicht was Nederland internationaal gezien een buitenbeentje – en ook een beetje een gidsland. Andreas Faludi, de afgelopen halve eeuw hoogleraar planologie in Delft en Amsterdam, bestudeerde als student in Wenen het Nederlandse planningstelsel; omdat het zo goed in elkaar zat, zoals hij ooit eens op een conferentie vertelde. Intussen heeft de Nederlandse ruimtelijke beleidsvoering zich in de praktijk altijd tussen de beide genoemde polen bewogen; geen blauwdruk planning, maar ook geen ongecontroleerde ruimtelijke ontwikkelingen, zoals diezelfde Faludi in een baanbrekende studie liet zien.⁷ Meer bijsturen dan sturen, en niet vaak zelf roeien.

Om dat ideaal van de Nederlandse ruimtelijke sturing in beeld te brengen is het zinvol om te beginnen met het onderscheid dat in de jaren ’70 welhaast vanzelfsprekend was: het onderscheid tussen *planologische beleidsvoering* en de *ruimtelijk relevante projectbeleidsvoering*.⁸ Planologische beleidsvoering is het ontwerpen en uitvoeren van beleid voor de inrichting van de ruimte. Het doel ervan is het sturen van de ruimtelijke ontwikkelingen. Ruimtelijk relevante projectbeleidsvoering, of kortweg projectbeleidsvoering, bestaat uit het ontwerpen en uitvoeren van beleid voor de verwezenlijking van een project met ruimtelijke consequenties. Ruimtelijke consequenties zijn dan niet alleen maar de claim op een bepaalde locatie, maar ook de positieve en negatieve externe effecten op de directe en verdere omgeving: bijvoorbeeld de verkeersaantrekkende werking van een grote winkelvestiging of de werkgelegenheid en de daaruit voortvloeiende

6 Rene Descartes, *Discours de la méthode*, Leiden 1637, hoofdstuk 2. In Nederlandse vertaling verschenen bij Boom, Meppel 1977, onder de titel *Over de methode, hoe men zijn verstand goed kan gebruiken en de waarheid achterhalen in de wetenschappen*. Descartes stelt deze planmatige werkwijze van de ruimtelijke ontwerper ten voorbeeld aan de wetenschap: was deze maar net zo ordelijk en systematisch.

7 Andreas Faludi & Stephen L. Hamnett, *Flexibility in Dutch Local Planning*, Oxford: Oxford Polytechnic, Department of Town Planning 1977; David Thomas, John Minett, Steve Hopkins, Steve Hamnett, Andreas Faludi & David Barrel, *Flexibility and Commitment in Planning, A Comparative Study of Local Planning and Development in the Netherlands and England*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1983.

8 Deze tweedeling was de planologische vertaling van het begrippenpaar facet-sector, geïntroduceerd door de Commissie De Wolff. Deze commissie heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de fundering van het Nederlandse geheel van planningstelsels. Zie: *Rapport van de Commissie voorbereiding onderzoek toekomstige maatschappijstructuur, Kamerstukken II 1970/71, 10 914*.

vraag naar mobiliteit van een nieuw bedrijf. De opgave waar de beleidsvoerder voor staat is de inpassing van het project in de bestaande ruimtelijke indeling.

De neerslag van planologische beleidsvoering was vooral te vinden in documenten als de (nationale) Nota's Ruimtelijke Ordening, provinciale streekplannen en gemeentelijke structuurplannen, structuurvisies en wat dies meer zij. Projectbeleidsvoering manifesteerde zich in allerlei vormen van projectbeleid, tracébesluiten, ontgrondingsvergunningen en dergelijke. De beide vormen van beleidsvoering vertonen enkele opmerkelijke verschillen. Een verschil betreft de wijze van redeneren, oftewel de *logica* van de beide vormen van beleidsvoering en een verschil betreft de *politieke lading* van de beleidskeuzen.

2.2 Planologische beleidsvoering

Een averechtse logica

De ruimtelijke ordening naar Nederlandse snit heeft op papier wel iets van een begrotingsproces. Een begroting heeft als functie, een beschikbaar middel (een zeker bedrag aan geld) zo optimaal mogelijk toe te delen aan verschillende toepassingsmogelijkheden of doeleinden. Ook de planologische beleidsvoering heeft als typerend kenmerk dat de beleidsvoerder redeneert vanuit een *middel*: de voorhanden zijnde ruimte. De beleidsargumentaties gaan over alternatieve toepassingsmogelijkheden van dat middel en resulteren in de keuze voor een bepaalde (combinatie van) ruimtegebruik. Het ontwerpen van een planologisch beleid is, zo bezien, meer dan het afwegen van claims op bepaalde locaties. Het gaat om het optimaliseren van alternatieve bestemmingen en combinaties van bestemmingen met het oog op de maatschappelijke gevolgen van verschillend ruimtegebruik. Niet voor niets is *afwegen* een centrale term in het planologische vocabulaire. De logica van het planologische beleid lijkt sterk op die van het financieel-economisch beleid. Ook daarbij gaat het om de aanwending van beschikbare middelen en ook daarbij is het streven gericht op een optimalisering van de allocatie van (combinaties van) die middelen. Beide vormen van beleidsvoering hebben te maken met gegevens uit het verleden (*sunk costs*), te weten investeringen en vastgelegde bestemmingen. Ook hebben beide te maken met de uitsluiting van alternatieven als gevolg van een bepaalde keuze (*opportunity costs*). Verwezenlijking van planologisch beleid is dan primair: ervoor zorgen dat nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen worden ingepast in een eerder gekozen patroon van optimaal ruimtegebruik.

In hoge mate politiek

Planologische beleidsvoering is in hoge mate politiek van aard. Dat wil zeggen dat het tot stand komt en wordt uitgevoerd in een spervuur van belangen.⁹ Zoals hiervoor reeds aangegeven omvat het beleidsdebat over de ruimtelijke inrichting tal van optimaliseringsvraagstukken, en dat zijn even zovele *strijdpunten*. Er zijn tal van reële belangen gemoeid met de keuzen die aldus worden gemaakt, en wat meer is, zij leggen keuzen voor langere tijd vast. De vaststelling van bijvoorbeeld de ecologische hoofdstructuur bracht met zich dat op tal van plaatsen activiteiten worden ingeperkt of onmogelijk gemaakt. Een snelwegtracé betekent tegelijkertijd een fysieke barrière in het landschap en een katalysator voor nieuwe vestigingspatronen van wonen, werken en recreatie. En

9 J. de Ridder e.a., *RO-EZ in het spervuur van belangen*, Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde 1996, Groningen.

elke keuze heeft tal van externe effecten die opnieuw belangentegenstellingen aan het licht kunnen brengen.

De belangentegenstellingen die met keuzevragen van ruimtelijke inrichting zijn gemeend worden versterkt door de onomkeerbaarheid van veel keuzen. Een snelweg, eenmaal aangelegd, zal niet gauw weer verdwijnen, evenmin als een stedelijke uitbreiding. De *opportunity costs* van een financiële investering zijn veel minder definitief dan die van ruimtelijke investeringen. Dat maakt de strijd om de alternatieve aanwendingsmogelijkheden van de fysieke ruimte nog indringender dan de strijd om de allocatie van financiële middelen.

Een bijzondere vorm van politieke strijd komt voort uit planologisch *free rider* gedrag. Voor veel ruimtelijke ingrepen geldt dat de baten en de lasten niet zonder meer gelijk worden verdeeld. Een snelweg betekent voor velen tijdwinst in de verbinding tussen twee plaatsen. Voor sommige aanwonende burgers betekent het daarenboven overlast in de vorm van bijvoorbeeld geluidhinder. Burgers zijn geneigd de collectieve baten te benutten maar de individuele lasten te ontlopen. Dit verschijnsel staat, als het gaat om ruimtelijke ingrepen, bekend als Nimby-gedrag.¹⁰ Het betekent een verdere politieke belasting van de planologische beleidsvoering. Er zijn (vergeefse) pogingen gedaan om het Nimby-gedrag in ruimtelijke besluitvorming met behulp van wetgeving onder controle te krijgen.¹¹

2.3 Projectbeleidsvoering

Een misleidend gewone logica

Projectbeleidsvoering heeft als typerend kenmerk dat de beleidsvoerder redeneert vanuit een *doel*: de te realiseren voorziening met ruimtelijke consequenties. De beleidsargumentaties gaan over alternatieve manieren om de betreffende voorziening tot stand te brengen en over de kosten-baten verhouding van die alternatieven. Tot de aan te wenden middelen behoort de ruimtelijke locatie van de voorziening. Bij de afweging van kosten en baten dienen de ruimtelijke en maatschappelijke effecten van die locatiekeuze te worden betrokken.

In theorie hebben projectbeleidsvoering en planologische beleidsvoering veel met elkaar te maken. Idealiter worden locaties voor projecten gekozen op basis van de uitkomst van planologische beleidsvorming: een ruimtelijk (beleids)plan. Uit een dergelijk ruimtelijk plan kunnen idealiter de ruimtelijke en maatschappelijke gevolgen van een locatiekeuze worden afgeleid. Omgekeerd kunnen ruimtelijke plannen aanleiding geven tot specifieke projecten, zoals de aanleg van een weg. In de praktijk blijkt deze wisselwerking tussen planologisch beleid en projectbeleid niet zo eenvoudig. Bovendien lopen de beide vormen van beleidsvoering zoals gezegd vaak door elkaar heen. Naar aanleiding van een concreet project wordt een afwegingskader gecreëerd (men zie het vereiste van een 'goede ruimtelijke onderbouwing' in het tegenwoordig al weer hopeeloos verouderde 'nieuwe' artikel 19 WRO). Omgekeerd bevatten ruimtelijke plannen vaak heel concrete projecten – en soms niet meer dan dat – zoals in het geval van het postzegel-bestemmingsplan.

10 B. van der Moolen & H. Voogd (red.), *Niet in mijn achtertuin, maar waar dan? Het Nimby-verschijnsel in de ruimtelijke planning*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1995.

11 J. de Ridder & D. Schut, *De WRO in de steigers*, Deventer: Kluwer 1995.

In hoge mate investeringsafhankelijk

Projectbeleidsvoering legt nogal nadruk op het idee van boter bij de vis, of op zijn Amerikaans: *put your money where your mouth is*. Plannen maken zonder na te denken over de financiële middelen die nodig zijn om zulke plannen te verwezenlijken of over de bronnen waaruit zulke financiële middelen betrokken moeten worden, dat lijkt erg op een intellectuele exercitie zonder veel maatschappelijke of bestuurlijke waarde. Toch ligt het niet in de logica van de planologie besloten om ruimtelijke plannen van investeringsschema's te voorzien. Immers, de ruimtelijke ordening beoogt om een complex geheel van maatschappelijke krachten te kanaliseren vanuit het perspectief van een optimaal ruimtegebruik. Een systeem van centraal geleide ontwikkeling waarbij de overheid niet alleen de planning maar ook de inrichting en zelfs het beheer voor zijn rekening neemt, is hier ten principale afgewezen. Elke maatschappelijke of individuele actor kan in beginsel een investeerder zijn die de ruimtelijke inrichting mede vorm geeft overeenkomstig het ruimtelijke plan. De overheid is dan ook zeker niet de enige, en doorgaans zelfs niet de belangrijkste actor voor de financiële verwezenlijking van ruimtelijke plannen.

Toch was een overheid vaak één van die investeerders, bijvoorbeeld bij het bouwrijp maken van gronden, bij de uitvoering van infrastructurele werken, bij de subsidiëring van woningbouw of bij andere activiteiten met ruimtelijke consequenties. In de logica van de planologie is de overheid dan een maatschappelijke actor zoals anderen. In de praktijk gaat deze logica niet altijd op. Overheidsinvesteringen in bijvoorbeeld infrastructuur kunnen voorwaarde zijn om andere ontwikkelingen die in het plan zijn voorzien, mogelijk te maken. In de planologische literatuur werd het gebrek aan implementatie-instrumenten van de ruimtelijke beleidsvoerder nogal eens als een zwakte van het planningstelsel aangevoerd. Al vroeg, bijvoorbeeld in een gezaghebbende evaluatie van de werking van de Tweede Nota Ruimtelijke Ordening, hekelden de onderzoekers het gebrek aan instrumenten om het planologisch beleid van het rijk te implementeren.¹² Projectbeleidsvoering met haar sectorinvesteringen werd in die literatuur gelabeld als de inzet van 'meekoppelende belangen'. Daarmee werd dan bedoeld dat de projectinvesteringen van sector-departementen de implementatie van het ruimtelijk beleid steunden of zelfs mogelijk maakten.¹³ Dat neemt niet weg dat het planningstelsel gestoeld was op de gedachte dat de realisatie van ruimtelijk beleid vooral ook particuliere investeringen vergde.

Ruimtelijke beleidsvoering was zo gezien ook het kanaliseren van publieke en maatschappelijke geldstromen. Volgens sommigen was dat zelfs de essentie van de ruimtelijke sturing.¹⁴

3 Coördinatie

Zoals gezegd, ruimtelijke beleidsvoering werd in de kern opgevat als het bewerkstelligen van afstemming: de afstemming van ruimte-claims die voortvloeiden uit publieke en private activiteiten. Coördinatie werd juist daarom zo belangrijk geacht, omdat

12 P. Glasbergen & J.B.D. Simonis, *Ruimtelijk beleid in de verzorgingsstaat*, Amsterdam: Kobra 1979.

13 WRR, *Ruimtelijke-ontwikkelingspolitiek*, WRR rapport 53, Den Haag 1998

14 T.J.M.Spit, *Ontwikkelingsplanologie als beleidsopgave*, Universiteit Utrecht 2003

ruimtelijke beleidsvoering het voortdurend vinden van evenwicht tussen verschillende ruimtelijke claims impliceerde. Dat wilde niet zeggen dat de ruimtelijke ordening alleen maar bestuurlijke afstemming van ruimtelijke aanspraken van sectoren en private partijen was; aan de coördinatie lagen inhoudelijke beleidsopvattingen ten grondslag, zoals vastgelegd in de achtereenvolgende nota's over de ruimtelijke ordening. De betekenis van een eigenstandig ruimtelijk ontwerp als grondslag voor afstemming kan geïllustreerd worden met het voorbeeld van de Tweede Nota. Een onderdeel van deze Nota was het suburbanisatiebeleid dat ten doel had woningbouw zoveel mogelijk uit het buitengebied te weren. De implementatie van dit beleid zoals het op papier stond zou betekend hebben dat er een groot gebrek aan bouwlocaties was ontstaan, met alle gevolgen van dien voor de woningproductie. De gemeenten en het DG Volkshuisvesting bleven dan ook nieuwe bouwlocaties in het buitengebied ontwikkelen. De les die men hier uit trok was, dat louter negatieve planning ('toelatingsplanologie') niet werkte. Beperkingen op het ene vlak dienden te worden gecompenseerd met nieuwe mogelijkheden elders. Het groeikernenbeleid zoals vervat in de Derde Nota (bedoeld om voldoende alternatieve ruimte voor woningbouw te reserveren) was daar het rechtstreeks gevolg van.¹⁵

Centraal in de vormgeving van de coördinatie was het concept *twesporigheid*: coördinatie tussen besluitvorming krachtens de WRO (het ruimtelijk spoor) en ruimtelijk relevante besluitvorming in het kader van wetgeving op andere beleidsterreinen (de sectorsporen.) Uitgangspunt voor coördinatie was de gelijkwaardigheid van de afzonderlijke beleidsterreinen. Hiërarchische of volgtijdige coördinatie (de sectoren volgen het ruimtelijk beleid) werd van de hand gewezen. De nevenschikking van beide sporen betekende dat besluiten in het ene spoor geen bindende consequenties hadden voor besluiten in het andere. De gelijkwaardigheid gold overigens niet alleen voor de verhouding tussen ruimtelijk spoor en sectorspoor, maar ook voor de onderlinge verhouding tussen verschillende sectoren. Coördinatie moest tot stand komen door overleg tussen de autoriteiten van de beide sporen. Zo nodig werd een definitief besluit genomen door het orgaan dat in beide sporen beslissingsbevoegd was. Beleidsmatige onderbouwing van de coördinatie tussen de sporen werd nagestreefd met behulp van beleidsdocumenten, genaamd structuurschets en/of structuurschema. Een structuurschema was een omvattende beschrijving van het beleid in een bepaalde sector (verkeer en vervoer, huisvesting, etc.) met een inventarisatie van alle mogelijke ruimtelijke consequenties. Een structuurschets (doorgaans in de gedaante van een onderdeel van een Nota Ruimtelijke Ordening) bevatte een planologische analyse van de meest gewenste ruimtelijke ontwikkeling volgens de hiervoor geschetste logica van de ruimtelijke ordening. De twesporigheidsaanpak kreeg al begin jaren '70 concurrentie van een alternatief coördinatiemodel: de operationele gebiedsaanwijzing (OGA), waarvan De Haan al in 1973 de eerste contouren schetste.¹⁶ Hoewel de OGA een bureaucratische moloch zou zijn geworden, zette dit alternatief het bestaansrecht van de twesporigheid onder druk. Het Afstemmingsonderzoek, dat in 1982 met Dick Lubach van start ging, was mede bedoeld om een meer gefundeerde keuze voor één van beide modellen, al dan niet in aangepaste vorm, mogelijk te maken.

15 P. Glasbergen & J.B.D. Simonis, *Verstedelijkingsbeleid in Nederland*, Utrecht 1977. Zie ook J. de Ridder & D. Schut, *De WRO in de steigers*, Deventer 1995, hoofdstuk 3.

16 P. de Haan, *Coördinatie van administratieve wetgeving inzake onroerend goed*, Tjeenk Willink, Zwolle 1973.

4 De praktijk en wat er mis ging

De keuze voor het tweesporigheidsmodel zoals het in de jaren '70 werd gehanteerd, was vooral gebaseerd op overwegingen van bureau-politieke strategie: een hiërarchische positie van de ruimtelijke ordening, vanuit het sector-facet model nog wel aannemelijk te maken, zou de deur openen voor tegenclaims vanuit sectoren om eigen besluiten op bepaalde terreinen te laten prevaleren. De sectoren zouden dan vroeg of laat de overhand krijgen. Uiteindelijk bleek deze evenwichtspolitiek toch niet bestand tegen de druk vanuit de sectoren. Hoewel het tweesporigheidsmodel op papier logisch oogde, kwam er in de praktijk betrekkelijk weinig van de beoogde afstemming terecht. Grosso modo waren er drie soorten afstemmingsproblemen.

In de eerste plaats was er steeds de al genoemde frustratie dat er zo weinig terecht kwam van de implementatie van het nationaal ruimtelijk beleid.¹⁷ Dat leidde er toe dat elke volgende Nota Ruimtelijke Ordening van een meer geëlaboreerd instrumentarium voor implementatie werd voorzien, met als hoogtepunt de Vierde Nota Extra. Veel van dat ruimtelijk beleid is verwezenlijkt met behulp van wat men 'diagonale planning' noemde: een ver uitgewerkt systeem van beleidsmatige nazorg, met tal van concrete projecten die rechtstreeks ingrepen in bestaand sectorbeleid. Anders gezegd, bij de implementatie van het nationale ruimtelijke beleid werd steeds meer afstand genomen van de gelijkwaardigheid van de beide sporen.¹⁸

In de tweede plaats domineerde op gemeentelijk niveau heel vaak de projectbesluitvorming. Weliswaar werden er volop bestemmingsplannen en in mindere mate ook structuurplannen gemaakt, waarin de logica van de ruimtelijke ordening tot zijn recht kwam, maar bij de verwezenlijking van die plannen waren sector-sporen ineens dominant. Bestemmingsplannen werden zelden helemaal verwezenlijkt zoals ze op papier kwamen. Tekenend is de enorme omvang van het aantal projecten dat, met toepassing van artikel 19 WRO, in afwijking van het geldende bestemmingsplan, werd gerealiseerd. Hoewel de jurisprudentie vereiste dat ook aan dergelijke afwijkingen een integrale afweging ten grondslag diende te liggen, stelde zo'n afweging vaak weinig voor.¹⁹ Het bestemmingsplan, als enige extern bindende regeling de hoeksteen van het tweesporigheidsmodel, bleek overbelast met verschillende functies: planologisch beleidsdocument en juridische regeling van eigendomsrechten.

Een derde soort afstemmingsprobleem deed zich voor als grote projecten (tracés, afvalstortplaatsen, ontgrondingen) in het bestaande ruimtelijke patroon moesten worden ingepast. Dat leverde maar al te vaak moeilijk overbrugbare tegenstellingen op tussen het ruimtelijke spoor en het sectorspoor, met alle vertraging, animositeit en rechtszaken van

17 Een soortgelijke frustratie bestond er overigens ook ten aanzien van de verwezenlijking van het provinciaal ruimtelijk beleid zoals dat in streekplannen werd vastgelegd. Het voert te ver om daar op in te gaan. Zie J. de Ridder, *Toezicht op de ruimtelijke ordening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.

18 J. de Ridder, *Over de implementatie van nationaal ruimtelijk beleid*, Den Haag: Rijksplanologische Dienst 1995.

19 J. de Ridder, R.H.C. Kemkers & G. Dijkstra, *Artikel 19 in de praktijk*. Deventer 2002. Ook: Andreas Faludi & Stephen L. Hamnett, *Flexibility in Dutch Local Planning*, Oxford Polytechnic, Department of Town Planning 1977; L. van Damme, J.M. Mastop, T.A.M. Mineur & J.C. Verdaas, *Bestemmingsplannen als instrument van beleidsvoering*, Den Haag 1992, en N. Bosch & D. Hanemaayer, *Artikel 19 WRO, planafwijking of anticipatie*, Den Haag 1992.

dien. In het Afstemmingsonderzoek is een aantal van deze ontsporingen bestudeerd. De uitkomst van de analyses in dit onderzoek was een advies dat een beperkte aanvulling op de overgeleverde tweesporigheidsideologie betekende. De belangrijkste aanbeveling was om 'projectprocedures' in het leven te roepen waarmee de besluitvorming in het ruimtelijk spoor chronologisch parallel geschakeld zou worden met de besluitvorming over het project in het sectorspoor. Coördinatie door overleg bleef het motto en een hiërarchische bovenschikking van het projectspoor (in de vorm van een zogenoemde *bindende projectbestemming*) zou alleen in uitzonderingsgevallen een oplossing mogen zijn.²⁰ Niettemin, het rapport bood geen onverholen steun voor de voortzetting van het bestaande tweesporigheidsmodel. De deur naar een sectorgestuurde ruimtelijke ordening stond op een kier. Het ministerie van Verkeer en Waterstaat kreeg als eerste zijn eigen wettelijke besluitvormingsprocedure waarin het sectorspoor dominant is: de Tracéwet waarvan het ontwerp in 1991 naar het parlement werd gestuurd. Met de oorspronkelijke Tracéwet in de hand kon de Rijksplanologische Dienst nog volhouden dat de tweesporigheid was gered, maar door een wijziging van de wet in 2000 werd de bovenschikking van het sectorspoor definitief. Allengs volgden andere sectorprocedurewetten: de Ontgrondingenwet, de Waterwet, de Electriciteitswet en de (agrarische) Reconstructiewet.²¹ Een dissertatie uit 1999, geschreven onder begeleiding van Dick Lubach, deed nog een juridische poging om de planologische beleidsvoering van de ondergang te redden.²² Het heeft niet meer mogen baten. De teloorgang van de tweesporigheid was onafwendbaar.

In de literatuur wordt in dit verband wel gesproken van 'de emancipatie van de sectoren': de sectordepartementen zouden het facetdepartement ruimtelijke ordening niet meer nodig hebben.²³ Dat suggereert dat diezelfde sectordepartementen, Verkeer en Waterstaat voorop, de nationale ruimtelijke planning eertijds wel nodig hadden. Zoals hiervoor al aangegeven, was de weerstand tegen de facetlogica altijd al aanwezig en vergde het een aanzienlijke evenwichtskunst van de Rijksplanologische Dienst om de tweesporigheid in de alledaagse beleidsvoering overeind te houden.

5 Eindspel

In de nieuwe eeuw heeft politiek Den Haag stap voor stap afscheid genomen van de nationale ruimtelijke ordening. De eerste stap was de intrekking van de Vijfde Nota Ruimtelijke Ordening in 2001. In de titel van de Nota Ruimte die in 2005 werd vastgesteld ter vervanging van de Vio, was de term 'ordening' niet geheel toevallig geheel verdwenen. Het rijk wilde niet meer ordenen: dat werd overgelaten aan provincies en gemeenten. De tweede stap was de invoering van de Wet ruimtelijke ordening (Wro)

20 Tj. de Koningh, J.W.M. van der Knaap, B.W. Leemeijer, R. Schoonveld, D.A. Lubach & M. Oosting, *Ordening van de besluitvorming over de ruimte, over de verticale coördinatie van besluitvorming over ruimtelijke aangelegenheden*, Deventer 1985, par. 9.5.

21 Zie ook: A.A.J. de Gier, 'Kan het tij worden gekeerd? In hoeverre is de weg terug naar een gedecentraliseerde ruimtelijke ordening begaanbaar?' in: *Essaybundel over decentralisatie ruimtelijke ordening*, RLI Den Haag 2011.

22 Als alternatief voor het huidige verbrokkelde instrumentarium wordt een besluitvormings-systeem voorgesteld waarbij de Wet op de Ruimtelijke Ordening het exclusieve kader vormt voor de 'beginselfbesluitvorming'. Zie A.G. Bregman, *Ruimtelijke plancoördinatie en projectbesluitvorming. Naar maatwerk zonder versnippering* (diss. Groningen 1999).

23 M. Haijer, D. Simons & F. Feddes, 'Inleiding: de politiek van het ontwerp', in: *Een plan dat werkt*, Rotterdam 2006.

in 2008. Deze wet kende elk van de drie bestuurslagen het instrument van het bindende projectbesluit toe. Het gemeentelijk instrument werd inderdaad 'projectbesluit' genoemd (artikel 3.10 Wro – thans verwerkt in de omgevingsvergunning). Rijk en provincie kregen elk hun eigen bestemmingsplanbevoegdheid.

Kortom, de logica van de ruimtelijke ordening heeft afgedaan. De integrale ruimtelijke ordening van vijftig jaar geleden is vervangen door inpassingsplanologie. Wat dat betekent kan men bijvoorbeeld zien in de maatschappelijke debatten over de plaatsing van windmolens.²⁴ De ruimtelijke ordening is daarmee mainstream Europees geworden.²⁵

De genadeslag voor de nationale integrale ruimtelijke ordening en het bijbehorende model van tweesporigheid was de opheffing van het ministerie van VROM in 2010. Ruimtelijke ordening werd ingelijfd door de belangrijkste sectorconcurrent, Verkeer en Waterstaat. Bij de voorbereiding van de Vierde Nota Ruimtelijke Ordening Extra (VINEX, 1991) deed Verkeer en Waterstaat al een poging tot machtsovername. Mobiliteit moest een majeur thema van de Nota worden, en de ambtenaren van Verkeer en Waterstaat vonden dat zij daar meer verstand van hadden dan de Rijksplanologische Dienst en dat hun departement daarom de eerste pennenvoerder voor de Nota moest zijn.²⁶ Zover is het toen niet gekomen – in feite werd de VINEX het laatste hoogstandje van de Rijksplanologische Dienst in de nationale ruimtelijke beleidsvoering. Verkeer en Waterstaat leverde sectorbijdragen. Heden ten dage is 'ruimte' een onderdeel van het sectorplan Meerjarenprogramma Infrastructuur Ruimte en Transport: MIT werd MIRT. Indringender kan de *Umwertung aller Werte* niet worden geïllustreerd.

VROM heeft nog tot op het laatst van zijn bestaan de tweesporigheid gepraktiseerd. Hoe Byzantijns dat model de hedendaagse politicus toeschijnt blijkt uit een commentaar van Tineke Huizinga, aanvankelijk staatssecretaris Verkeer en Waterstaat en later demissionair minister van VROM in het kabinet Balkende-Bos:²⁷

'Neem het decentraal openbaar vervoer. Bij Verkeer en Waterstaat was ik bezig geweest met een langetermijnvisie voor steden en krimpgebieden. Daar was ik een heel eind mee, ik vond het jammer dat ik ermee moest stoppen. Maar toen ik bij VROM kwam, bleken daar óók ambtenaren bezig te zijn met een langetermijnvisie openbaar vervoer vanuit de invalshoek van de ruimtelijke ordening. Dan sta je wel even met je ogen te knippen. Het is toch vreemd en een zonde van de tijd als je dubbel werk doet. Dat kan worden opgelost als je ministeries samenvoegt.'

Zij realiseerde zich kennelijk niet dat de praktijk die zij aantrof de rudimenten waren van wat ooit werd beschouwd als de kroon op het planningstelsel voor de ruimtelijke

24 H.E. Bröring, 'Complexe besluitvorming en legitimiteit. Een verhaal over de vestiging van windparken in de Drentse Veenkoloniën', in A.T. Marseille & L. van der Velden (red.), *Vertrouwen verdient, verdient vertrouwen. Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2014, p. 60-83.

25 Ries van der Wouden, David Evers & Rienk Kuiper, 'De veranderende positie van de nationale ruimtelijke ordening in Nederland', *Ruimte & Maatschappij* 2011 (Vol. 2), nummer 3. Needham meent zelfs dat het Nederlandse stelsel een fraaie stap in de richting van het Engelse systeem heeft gezet. Zolang er in Nederland nog bestemmingsregelingen zijn, lijkt die claim echter voorbarig. B. Needham, 'Centraal en decentraal in het Nederlandse ruimtelijk beleid', in: *Essaybundel over decentralisatie ruimtelijke ordening*, RLI Den Haag 2011, p. 40.

26 W.K. Korthals Altes, *De Vierde nota Extra, een prudent beleid*, RPD 1992.

27 Citaat overgenomen uit Boudewijn Warbroek, 'Waarom VROM moest verdwijnen', *Binnenlands Bestuur* 13 mei 2011.

ordening: het tweesporigheidsmodel. Een kroon die mede door toedoen van Dick Lubach al een beetje aan het wankelen werd gebracht, met die conclusies van het Afstemmingsonderzoek uit 1985.

7 En de bestuursrechter maar marginaal toetsen

Leo Damen

1 Inleiding

Dick heeft zich als hoogleraar bouwrecht onder andere bezig gehouden met ruimtelijk bestuursrecht en met nadeelcompensatie in de ruimtelijke ordening. Ik zelf ben daar altijd verre van gebleven tot ik mij in 2012 in een ‘feuilleton’ met annotaties bezig hield met de vraag waarom de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna ook: Afdeling) soms marginaal, terughoudend toetst en soms niet.¹ In die reeks annotaties kwamen ook uitspraken aan bod die gingen over bestemmingsplannen en andere aspecten van ruimtelijke ordening.

De teneur van de reeks annotaties was dat de jurisprudentie van de Afdeling over begrippen als beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid, en over de daarmee samenhangende vraag wanneer de bestuursrechter wel en wanneer hij niet marginaal moet toetsen, inconsistent was. Eigenlijk was er geen touw aan vast te knopen.

Inmiddels zijn we meer dan een jaar verder, en volgens de bekende juridische wandelgangen zou er inmiddels meer consistentie in de jurisprudentie zijn gekomen. Ik wil daarom onderzoeken of er inmiddels iets is veranderd in de jurisprudentie, in het bijzonder in die over bestemmingsplannen. Bij de beoordeling van deze jurisprudentie is consistentie natuurlijk een belangrijk criterium, maar uiteindelijk draait het om de vraag of de bestuursrechter de juiste toetsingsmaatstaf hanteert.

2 Plan van behandeling

Aan de orde komen:

- Begrippen: wat verstaan we onder beoordelingsruimte, beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid en waarom zijn die begrippen relevant voor de beantwoording van de vraag of de bestuursrechter terughoudend moet toetsen?
- Heeft de raad bij bestemmingsplannen een vrije, discretionaire bevoegdheid en hoe werd tot en met medio 2012 de uitoefening van die bevoegdheid door de bestuursrechter getoetst?
- Hoe heeft de jurisprudentie zich sinds medio 2012 ontwikkeld?
- Het centrale begrip goede ruimtelijke ordening is een vaag begrip.
- De gevolgen van de beleidsvrijheid van de gemeenteraad voor de burgers.
- Wat is de legitimatie van de gemeenteraad voor het ingrijpen in de rechten van de burgers?
- Ten slotte: hanteert de bestuursrechter de juiste toetsingsmaatstaf?

1 Ik gebruik hierna de begrippen marginale en terughoudende toetsing door elkaar.

3 Begrippen beoordelingsruimte, beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid

Beschikt een bestuursorgaan over een vrije, discretionaire bevoegdheid, een bevoegdheid met keuzevrijheid, dan zijn vooral de begrippen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid van belang.

In *Bestuursrecht 1* worden – conform de Dukiaanse terminologie – die begrippen als volgt gedefinieerd: ‘Bij *beoordelingsvrijheid* is het bestuursorgaan vrij om zelfstandig te beoordelen of aan de wettelijke bevoegdheidscriteria is voldaan. De rechter zou in dit geval het door het bestuursorgaan gevelde oordeel over het al dan niet voldaan zijn aan deze criteria, moeten respecteren voor zover het niet evident onjuist is. Meestal beperkt de rechter zich dan in zijn uitspraken tot de vraag of het bestuursorgaan ‘in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen’. In het geval van *beleidsvrijheid* is het bestuursorgaan vrij om – op grond van een belangenafweging – van het gebruik van een bevoegdheid af te zien in gevallen waarin wel aan de wettelijke bevoegdheidscriteria is voldaan. De rechter zou zich dan bij zijn toetsing moeten beperken tot de vraag of het bestuursorgaan ‘in redelijkheid tot deze belangenafweging heeft kunnen komen’. Zowel bij beoordelingsvrijheid als bij beleidsvrijheid zou de rechter zich dus bij de toetsing van besluiten terughoudend moeten opstellen’, marginaal moeten toetsen.² Het kenmerkende verschil tussen beoordelings- en beleidsvrijheid is dat er bij beoordelingsvrijheid geen belangenafweging plaatsvindt, en bij beleidsvrijheid juist wel. Beoordelingsvrijheid ziet op de bevoegdheidsvoorwaarden en beleidsvrijheid op de bevoegdheidsuitoefening.

Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS) 1 februari 2012 overweegt conform de Dukiaanse terminologie: een belangenafweging ‘kan slechts worden gemaakt bij toepassing van een bevoegdheid ter zake waarvan een bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft en dus kan besluiten de bevoegdheid niet aan te wenden, ook indien aan de voorwaarden voor aanwending van de bevoegdheid is voldaan.’³ Bij het beoordelen of aan die voorwaarden is voldaan, kan sprake zijn van beoordelingsvrijheid.

Soms zijn er blijkens de jurisprudentie overgangen. Zo komen in sommige gevallen binnen beoordelingsvrijheid vormen van belangenafweging voor.⁴ Het gaat er dus steeds om goed te analyseren of het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid heeft en, zo ja, of die de bestuursrechter dwingt tot een terughoudende toetsing.

Van beoordelingsvrijheid moet *beoordelingsruimte* worden onderscheiden. Hiervan is al sprake als bij de kwalificatie van de feiten, in het bijzonder bij de toepassing van een vage wettelijke term of begrip, ruimte bestaat voor uiteenlopende oordelen. Bijvoorbeeld: heeft ambtenaar X zich schuldig gemaakt aan ‘plichtsverzuim’, levert een bepaald evenement gevaar op voor de ‘veiligheid’?

‘Het oordeel van een bestuursorgaan over de aan het besluit ten grondslag liggende feiten hoeft [...] niet terughoudend door de rechter te worden getoetst op de enkele grond dat sprake is van beoordelingsruimte. Zo kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat de rechter de beoordeling of een ambtenaar zich aan plichtsverzuim heeft

2 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, vierde druk (herzien), Den Haag: BJu 2013, p. 331.

3 ABRvS 1 februari 2012, *AB* 2012/246, m.nt. Damen (*EMA, marginale toetsing 1*).

4 ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2012/259, m.nt. Damen (*bommen Arnhem, marginale toetsing 10*).

schuldig gemaakt, volledig toetst en het oordeel van het bestuursorgaan opzij zet indien hij tot een ander oordeel komt.⁵

Voor een terughoudende of marginale rechterlijke toetsing is pas aanleiding als de beoordelingsruimte tevens beoordelingsvrijheid inhoudt. In hoeverre sprake is van beoordelingsvrijheid is soms lastig te bepalen. In de praktijk blijkt dat de wetgever vaak zelf aangegeven heeft dat sprake is van beoordelingsvrijheid (in welk geval we spreken van *expliciete beoordelingsvrijheid*). Soms moet echter uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid en de taak van het bestuur en/of de rechter afgeleid worden of sprake is van beoordelingsvrijheid (in welk geval we van *impliciete beoordelingsvrijheid* spreken).⁶ Beoordelingsruimte is in deze terminologie een noodzakelijke, maar niet toereikende voorwaarde voor beoordelingsvrijheid. Bij beoordelingsvrijheid is wel sprake van beoordelingsruimte, maar beoordelingsruimte impliceert nog geen beoordelingsvrijheid.⁷

Het belang van deze begripsvorming is dat zij aan het denken zet over de vraag *waarom* de bestuursrechter wél terughoudend moet toetsen als een bestuursorgaan beschikt over discretionaire bevoegdheden, dat wil zeggen (bij vage wettelijke termen of begrippen) over (*expliciete of impliciete*) *beoordelingsvrijheid bij het kwalificeren van de feiten en/of beleidsvrijheid bij het afwegen van de belangen die in aanmerking genomen mogen en dus moeten worden*, en waarom hij vooral niet terughoudend, maar juist indringend moet toetsen bij het *vaststellen van de feiten*, bij het *kwalificeren van de feiten met slechts beoordelingsruimte* en bij het *interpreteren van rechtsregels*.

Bovendien maakt de theorie duidelijk waarom bestuursorganen die beschikken over een vrije, discretionaire bevoegdheid, gehouden zijn tot een stelselmatig, consistent gebruik ervan. Bestuursorganen moeten dan keuzes maken, die keuzes ‘omhoog tillen’ uit het ‘beleidsbewustzijn van de ambtenaren’ – ook een Dukiaans begrip – tot het niveau van beoordelingsmaatstaven en beleidsregels, en zo hun besluiten binnen een algemeen kader kunnen plaatsen en motiveren. Anders heeft rechterlijke toetsing nauwelijks zin, want – hoewel eventueel willekeur – dan geldt: *anything goes*.

In het algemeen verlangt de bestuursrechter van het bestuur dan ook een consistent optreden: ‘Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en dus doordacht bestuursbeleid. Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in individuele vergelijkbare gevallen. Het bewaken van de consistentie van het eigen optreden is bij uitstek de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur.’⁸

5 Zie o.a. CRvB 17 maart 2005, TAR 2005/82 (*tolkende rechercheur*): de rechter noemt de aan een rechercheur verweten gedragingen weliswaar ‘ongewenst’, maar vindt dat er toch geen sprake is van plichtsverzuim, omdat de dienstleiding hem zelf in een risicovolle situatie had gebracht.

6 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, vierde druk (herzien), Den Haag: BJu 2013, p. 335-336.

7 M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en rechterlijke voorprocedure*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 588 e.v., beperkt zich tot de begrippen beoordelingsruimte en beleidsruimte, en werkt niet met de begrippen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid.

8 ABRvS 19 oktober 2005, AB 2006/59, m.nt. Vermeer (*hotel Amstelzicht*); ABRvS 11 juni 2008, AB 2008/228, m.nt. Vermeer (*He&M Utrecht*); ABRvS 11 februari 2009, 200802789/1, ABKort 2009, 88 (*21 gevallen Berkelland*); ABRvS 11 maart 2009, JB 2009/112 (*40 bedrijfswoningen St. Oedenrode*); ABRvS 11 februari 2009, TBR 2009/128, m.nt. Sluysmans (*planschade Echt-Susteren*); ABRvS 2 februari 2011, JB 2011/67 (*handhaving ad hoc*).

4 Een discretionaire bevoegdheid van de gemeenteraad inzake bestemmingsplannen; marginale toetsing tot en met medio 2012

In de jurisprudentie van de Afdeling over de discretionaire bevoegdheid van de gemeenteraad inzake bestemmingsplannen komen we allerlei variaties tegen. Zo overweegt ABRvS 25 april 2012: ‘bij de keuze van de bestemming dient de raad een afweging te maken van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststelling van het plan. Daarbij heeft de raad *beoordelingsvrijheid*. De voor- en nadelen van [door burgers aangedragen] alternatieven dienen in die afweging te worden meegenomen.’⁹ Het meenemen van alternatieven lijkt me inderdaad typisch de bedoeling bij het vaststellen van een bestemmingsplan. De gemeenteraad zou dan bij voorkeur ook met een ‘open mind’ naar die alternatieven moeten kijken, in plaats van het ambtelijk voorontwerp en het ontwerp van B&W als een te vuur en te zwaard te verdedigen uitgangspunt te nemen, zoals in de praktijk nogal eens gebeurt. Maar om nou bij die belangenafweging over beoordelingsvrijheid te spreken?

De terminologie van de Afdeling is in een hele reeks uitspraken in 2012 niet consistent. Ik geef een overzicht aan de hand van een – vrij willekeurige – selectie, daarbij zeer geholpen door de steekproef van C.N.J. Kortmann in zijn noot onder ABRvS 14 maart 2012 (*Muiden*).¹⁰

Gaat het om de *begrenzungen van een bestemmingsplan*, dan overweegt ABRvS 6 juni 2012: ‘Gelet op de systematiek van de Wro komt de raad *in beginsel* een *grote mate van beleidsvrijheid* toe bij het bepalen van de begrenzungen van een bestemmingsplan.’¹¹ Die begrenzing mag (natuurlijk) niet worden vastgesteld in strijd met het wettelijke criterium van een goede ruimtelijke ordening of anderszins in strijd met het recht zijn. Vergelijkbaar: ABRvS 15 februari 2012 en 25 april 2012.¹²

ABRvS 18 april 2012 overweegt: ‘De raad komt *in beginsel* een *grote mate van beleidsvrijheid* toe bij het besluit omtrent het vaststellen van een bestemmingsplan.’¹³ Gaat het om het *afwegen van alternatieven* dan wel het *toekennen van bestemmingen*, dan overweegt de al vermelde uitspraak ABRvS 6 juni 2012 echter: ‘De raad dient bij de keuze

9 ABRvS 25 april 2012, AB 2012/289, m.nt. Damen (*Zeist, marginale toetsing 11*). Ik meld maar even voor de integriteitscommissie dat ik veel aan ‘zelfcitatie’ uit deze annotatie heb gedaan, maar zonder aanhalingstekens. Voor zover hier en hierna in citaten van uitspraken van de Afdeling is gecursiveerd, komt die cursivering van mij.

10 ABRvS 14 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8812, Br 2012/87, m.nt. Kortmann (*Muiden*).

11 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7641 (*Valkenswaard*).

12 ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5098 (*Putten*); ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3848 (*Eersel*).

13 ABRvS 18 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3054 (*Bloemendaal*).

van een bestemming een afweging te maken van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststelling van het plan. Daarbij heeft de raad *beoordelingsvrijheid*.¹⁴

Vz. ABRvS 6 april 2012 overweegt weer dat ‘de raad bij de keuze van de bestemming een afweging dient te maken van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststelling van het plan. Daarbij heeft de raad *beleidsvrijheid*’.¹⁵

ABRvS 7 maart 2012 overweegt: ‘De raad heeft een *grote mate van beleidsvrijheid* om bestemmingen en regels voor gronden vast te stellen’, dit natuurlijk in overeenstemming met hoger recht.¹⁶ Evenzo overweegt ABRvS 21 maart 2012: ‘Gelet op de systematiek van de Wro komt aan de raad een *grote mate van beleidsvrijheid* toe bij het toekennen van bestemmingen’, en ABRvS 4 april 2012: ‘aan de raad komt een *grote mate van beleidsvrijheid* toe bij het toekennen van bestemmingen’, en ABRvS 11 april 2012: ‘De raad heeft namelijk een *grote mate van beleidsvrijheid* bij het besluit omtrent het vaststellen van een bestemmingsplan.’¹⁷ En ABRvS 28 maart 2012: ‘de raad komt bij het vaststellen van een bestemmingsplan een *zekere beleidsvrijheid* toe.’¹⁸

In een enkel geval neemt de Afdeling beoordelingsvrijheid aan, terwijl – volgens annotator Mus – slechts sprake is van *beoordelingsruimte*.¹⁹

Bij de vaststelling van een bestemmingsplan gaat het veelal om het afwegen van belangen, het is echt politieke besluitvorming. Bij allerlei vormen van belangenafweging zien we in de hierboven genoemde Afdelingsuitspraken vermeld: ‘beoordelingsvrijheid’, ‘beleidsvrijheid’, ‘grote mate van beleidsvrijheid’ en ‘een zekere beleidsvrijheid’.

Ik ben een leek inzake het ruimtelijk bestuursrecht. Toch kon ik me niet goed voorstellen dat de Afdeling in deze jurisprudentie geen enkel systeem had ingebouwd, maar willekeurig wat met tekstblokken schoof. Ik kon dit systeem medio 2012 echter niet ontdekken.

5 Hoe heeft de jurisprudentie zich sinds medio 2012 ontwikkeld?

ABRvS 13 februari 2013 overweegt dat de raad bij het kiezen van een locatie voor de brandweerkazerne een afweging moet maken tussen alle betrokken belangen. ‘Bij zijn

14 Zo ook ABRvS 23 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6382 (*Hoogkerk*); ABRvS 4 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX0277 (*Houten*); ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1081 (*Oegstgeest*); ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1051 (*Nieuwegein*); Vz.ABRvS 9 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0346 (*Rijnwoude*); ABRvS 24 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1007 (*Vaals*); ABRvS 24 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1008 (*Werkendam*).

15 Vz. ABRvS 6 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW1583 (*De Bilt*). Zo ook ABRvS 30 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1289, *JB* 2013/84, *BR* 2013/68, m.nt. Breeman & Bäcker (*Leiderdorp*) en ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1112, *AA* 2012, p. 837, m.nt. Nijmeijer (*Bodegraven*).

16 ABRvS 7 maart 2012, *AB* 2012/290, m.nt. Damen, *TBR* 2012/88, m.nt. Nijmeijer (*Bergen (L)*, *marginale toetsing 12*).

17 ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9520 (*Maarssen*); ABRvS 4 april 2012, *JB* 2012/127 (*Deurne*); ABRvS 11 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW1598 (*Breda*).

18 ABRvS 28 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0168 (*Venlo*).

19 Zie bijv. ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2561, *TBR* 2012/218, m.nt. Mus (*Maasdriel*).

keuze heeft de raad *beleidsvrijheid*.²⁰ De Voorzitter van de Afdeling had in dezelfde procedure nog gesproken over *beoordelingsvrijheid*.²¹ ABRvS 20 maart 2013 spreekt over een ‘grote mate van beleidsvrijheid’.²² ABRvS 8 mei 2013 overweegt: ‘De raad komt *beleidsvrijheid* toe bij het besluit omtrent het vaststellen van een bestemmingsplan. Daaronder wordt mede begrepen het besluit omtrent een aanvraag om herziening van een bestemmingsplan.’²³ In ABRvS 17 juli 2013 komen we de volgende formule tegen: ‘In hetgeen [appellant] heeft aangevoerd ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan in zoverre strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. In het aangevoerde wordt evenmin aanleiding gevonden voor het oordeel dat het bestreden besluit in zoverre anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht.’²⁴ Het begrip beleidsvrijheid ontbreekt hier.²⁵

Maar dan komt de ‘doorbraakuitspraak’. ABRvS (meervoudige kamer) 31 juli 2013 (1012 Amsterdam) bevat een – voor mij – nieuw ‘Toetsingskader’: ‘Bij de vaststelling van een bestemmingsplan heeft de deelraad *beleidsvrijheid* om bestemmingen aan te wijzen en regels te geven die de deelraad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De Afdeling toetst deze beslissing terughoudend. Dit betekent dat de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden beoordeelt of aanleiding bestaat voor het oordeel dat de deelraad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Voorts beoordeelt de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden of het bestreden besluit anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht.’²⁶ Zo ook ABRvS (meervoudige kamer) 21 augustus 2013 (Bergen (NH)) en een reeks opvolgende uitspraken.²⁷

ABRvS 21 augustus 2013 (Etten-Leur) overweegt hetzelfde, maar dan zonder het kopje ‘Toetsingskader’.²⁸ We vinden het toetsingskader weer helemaal niet in ABRvS 14 augustus 2013 (*coffeeshops Maastricht*), maar wel in ABRvS 25 september 2013 (*Am-*

20 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2012:BZ1285 (*Rijnwoude*).

21 Vz. ABRvS 9 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0346 (*Rijnwoude*).

22 ABRvS 20 maart 2013, AB 2013/209, m.nt. Neerhof, JB 2013/84, m.nt. Timmermans, Gst. (2013) 7388.50, m.a. Versteden (*Middelburg*).

23 ABRvS 8 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9764, TBR 2013/98, m.nt. De Vries (*Veenendaal*).

24 ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:314 (*Nunspeet*).

25 Zo ook ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2879, BR 2013/128, m.nt. Kortmann & Harte (*Valkenburg aan de Geul*).

26 ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:575, Gst. (2013) 7393.98, m.nt. Van Zundert (1012 Amsterdam).

27 ABRvS 21 augustus 2013 ECLI:NL:RVS:2013:785, ABKort 2013/321 (Bergen (NH)); zo ook ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, Gst. (2013) 7393.127, m.nt. Van Zundert, TBR 2013/161, m.nt. Heutink, Br 2013/153, m.nt. Breeman, Bäcker (Bergen op Zoom), ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1299, JB 2013/220 (Utrecht) en ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1791, JB 2013/228 (Reusel-De Mierden).

28 ABRvS 21 augustus 2013, 201303286/1/R6, ECLI:NL:RVS:2013:837 (Etten-Leur). Zo ook ABRvS 4 september 2013, 201301997/1/R2, ECLI:NL:RVS:2013:1028 (Soest).

sterdam), met ook het kopje.²⁹ ABRvS 23 oktober 2013 (*Molenwaard*) hanteert wel het toetsingskader, maar weer zonder het kopje.³⁰

Inzake de weigering een bestemmingsplan vast te stellen bevat ABRvS 7 augustus 2013 (*Boxmeer*) vergelijkbare overwegingen, maar zonder kopje: 'Bij een besluit omtrent de vaststelling van een bestemmingsplan komt de raad *beleidsvrijheid* toe. De Afdeling toetst dit besluit terughoudend. De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of de raad in redelijkheid heeft kunnen afzien van de vaststelling van het plan en voorts of bij het nemen van dat besluit anderszins niet is gehandeld in strijd met het recht.'³¹ In ABRvS 25 september 2013 (*windturbines Purmer*), over de weigering een wijzigingsplan vast te stellen, vinden we weer helemaal geen toetsingskader, in ABRvS 23 oktober 2013 (*Grootegast*) vinden we het 'gewone' toetsingskader, zonder kopje.³²

Helemaal consistent en consequent bij het vermelden van het toetsingskader (met kopje) is de jurisprudentie dus (nog) niet. Het is echter wel duidelijk de bedoeling van de Afdeling om met dit toetsingskader te werken.

6 Goede ruimtelijke ordening: een vaag wettelijk begrip

Volgens het nieuwe toetsingskader toetst de Afdeling allereerst of 'de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening'. Op het eerste gezicht lijkt sprake van een marginale toetsing inzake de toepassing van een vaag wettelijk begrip: 'goede ruimtelijke ordening'. Dan zou ook sprake zijn van beoordelingsvrijheid.

Nee, zegt de Afdeling, het gaat om beleidsvrijheid. Dat lijkt me juist: het gaat om een belangenafweging, met als het goed is, een goede ruimtelijke ordening als resultaat. Dat impliceert beleidsvrijheid.

Deze discretionaire bevoegdheid van de raad met beleidsvrijheid is niet onbeperkt. Allereerst is er *geen* sprake van een *rechtsvrije en rechtersvrije ruimte*. De raad is gebonden

29 ABRvS 14 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:696, *TBR* 2013/130, m.nt. De Vries (*caf  shops Maastricht*): misschien omdat het een uitspraak is na een eerdere tussenuitspraak?; ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1275, *Br* 2013/152, m.nt. Breeman, B  cker (*Amsterdam*).

30 ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1653, *AB* 2014/8, m.nt. Nijmeijer, *TBR* 2013/184, m.nt. De Vries (*Molenwaard*). Zo ook ABRvS 9 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1478, *TBR* 2013/163, m.nt. De Vries (*Elburg*); ABRvS 9 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1426, *TBR* 2013/164, m.nt. De Vries (*Bernheze*); ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1859, *ABKort* 2013/420 (*Ede*); ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1952, *ABKort* 2013/432 (*Voorschoten*); ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2048, *ABKort* 2014/9 (*Venray*); ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2388, *TBR* 2014/9, m.nt. De Vries (*Boxmeer*); ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2388, *TBR* 2014/10, m.nt. De Vries (*Blaricum*); ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:38 (*Waalre*).

31 ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:689, *AB* 2013/353 m.nt. Groothuijse (*Boxmeer*).

32 ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1251, *ABKort* 2013/355 (*windturbines Purmer*), misschien omdat het een uitspraak is na een eerdere tussenuitspraak?; ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1655, *TBR* 2013/183, m.n. De Vries (*Grootegast*).

aan het juridische criterium ‘goede ruimtelijke ordening’ en er is rechterlijke toetsing, zij het een terughoudende.³³

Verder heeft Nijmeijer er terecht op gewezen dat de discretionaire ruimte van de raad ‘kan zijn ingeperkt. Zo is door de wetgever voor specifieke situaties voorgeschreven welke afstanden tussen verschillende gebruiksvormen in acht moeten worden genomen. Soms is de basis voor dergelijke regels gelegen in het Europese recht’, zoals de afstands-normen voor externe veiligheid en geluidsnormen. Aan dergelijke normen wordt natuurlijk niet terughoudend getoetst. Verder zijn er allerlei buitenwettelijke richtlijnen inzake bijvoorbeeld parkeerruimte en milieuzonering die een gemeenteraad als beleids-regels kan hanteren bij het inkleuren van het begrip goede ruimtelijke ordening. Bij de keuze om die richtlijnen al dan niet als beleidsregels te hanteren heeft de raad weer wel beleidsvrijheid.³⁴ Daarnaast is er allerlei landelijk en provinciaal beleid waarmee de gemeenteraad in elk geval ‘rekening moet houden’. De raad moet dus motiveren waarom hij dat beleid eventueel niet volgt.

Daarnaast beoordeelt de Afdeling volgens het toetsingskader ook ‘of het bestreden besluit anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht’.³⁵ Een besluit inzake een bestemmingsplan kan dus ook sneuvelen omdat het onvoldoende zorgvuldig is voorbereid (art. 3:2 Awb) of niet adequaat is gemotiveerd (art. 3:46 Awb).³⁶

Tegenwoordig doet de Afdeling in een geval van strijd met hoger recht doorgaans een tussenuitspraak en stelt zij de raad in de gelegenheid binnen een aantal maanden het gebrek te herstellen.

7 Gevolgen van de beleidsvrijheid voor de burgers

Bestemmingsplannen zijn al met al typisch een vorm van ‘politiek bestuur’ waarop het gewone (Awb)bestuursrecht maar weinig vat heeft. De raad heeft bij de open norm ‘goede ruimtelijke ordening’ blijkens de uitspraak van 31 juli 2013 (*1012 Amsterdam*) beleidsvrijheid inzake het al dan niet vaststellen van bestemmingsplannen en de inhoud ervan. De raad mag daarbij zijn eigen planologische agenda, politieke voorkeuren en humeuren volgen. De bestuursrechter toetst wel aan art. 3:2, 3:4 en 3:46 Awb en andere hoger recht, maar ja, bij beleidsvrijheid blijft de toetsing van de gemaakte keuzes terughoudend.

Neemt een burger het initiatief tot een bestemmingsplanwijziging en weigert uiteindelijk de raad daaraan mee te werken, dan valt daar bij de bestuursrechter weinig tegen

33 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9573, *TBR* 2013/11, m.nt. De Vries & Nijmeijer (*Eijsden-Margraten*) toetst rechtstreeks aan de goede ruimtelijke ordening, en niet via de band van het motiverings- of zorgvuldigheidsbeginsel.

34 Zie de noot van Nijmeijer onder ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1112, *AA* 2012, p. 839 (*Bodegraven*).

35 Daarmee is de ongelukkige formulering in ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2013:BY5102, *AB* 2013/347, m.nt. Damen (*Hengelo*), namelijk de beleidsvrijheid ‘vindt haar begrenzing in een goede ruimtelijke ordening en in het recht’, weggepoetst. De goede ruimtelijke ordening is immers ook een juridisch criterium.

36 Motiveringsgebrek: ABRvS 25 september 2013, 201210910/1/R1, ECLI:NL:RVS:2013:1251, *ABKort* 2013/355 (*windturbines Purmer*). Geen motiveringsgebrek of onzorgvuldige besluitvorming: ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1666, *AB* 2013/348, m.nt. Damen (*Borne*).

te beginnen.³⁷ Dat is zelfs het geval bij (de schijn van) belangenverstrengeling. De jurisprudentie over art. 2:4 Awb is in 2013 volgens de Afdeling ‘gepreciseerd’. Volgens mij is art. 2:4 Awb voor gemeenteraden de facto afgeschaft.³⁸ In de afscheidsbundel voor Ko de Ridder ben ik hier uitgebreid op ingegaan. Daar wil ik hier naar verwijzen.³⁹

Ook als een burger vergeefs heeft geprobeerd om een door en op initiatief van B&W ontworpen bestemmingsplan tegen te houden of gewijzigd te krijgen, dan valt daar bij de bestuursrechter weinig tegen te beginnen, behoudens evidente gevallen van onzorgvuldigheid of gebrekkig motiveren. En in die gevallen mag de raad nog uitvoerig repareren. Overigens zullen de bezwaren van de burgers afstuiten op de beleidsvrijheid van de raad en de marginale toetsing door de bestuursrechter.

8 De legitimatie van de gemeenteraad voor het ingrijpen in de rechten van burgers

Waarom heeft de gemeenteraad deze beleidsvrijheid gekregen? Het criterium van een goede ruimtelijke ordening is wel bijzonder vaag. Daar kun je alle, nou ja, heel veel kanten mee op.

Het is daarbij de vraag of de politieke legitimatie van deze discretionaire bevoegdheid van de raad wel toereikend is om aan de rechten en belangen van de burger zo weinig bescherming te bieden. Krijgt de raad met de open norm ‘goede ruimtelijke ordening’ niet al te veel beleidsvrijheid? Wordt een burger hiermee in sommige gevallen niet zelfs afhankelijk van de luimen van zijn buurman?⁴⁰

Het gaat hier om een ver gaande beperking van de vrijheid van burgers die niet meer met hun eigendom mogen doen wat ze eigenlijk zouden willen doen: een huisje hier of een huisje daar (ver)bouwen. Ik heb mij wel eens afgevraagd of art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM in een aantal gevallen niet een te grote, zo niet verlamdende, rol speelt.⁴¹ Anderzijds vraag ik mij nu af of bij sommige bestemmingsplannen geen sprake is van een ‘excessive and disproportionate burden’ die op sommige grondeigenaren drukt.

De legitimatie voor de beleidsvrijheid en de keuzes van de raad moet kennelijk worden gevonden in de gemeentelijke verkiezingen. Maar die gaan zelden of nooit over de gemeentelijke planologische agenda, maar veelal over de door Haagse politici opgeworpen

37 Zie ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346 m.nt. Damen (*Tubbergen*), ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5102, AB 2013/347, m.nt. Damen (*Hengelo*) en ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1666, AB 2013/348, m.nt. Damen (*Borne*).

38 ABRvS 6 februari 2013, AB 2013/210, m.nt. Neerhof, JB 2013/62, m.nt. Timmermans, *Gst.* (2013) 7388.49, m.a. Verstedden (*Graft-De Rijp*); ABRvS 20 maart 2013, AB 2013/209, m.nt. Neerhof, JB 2013/84, m.nt. Timmermans, *Gst.* (2013) 7388.50, m.a. Verstedden (*Middelburg*).

39 L.J.A. Damen, ‘Informereren, overleggen, onderhandelen en vertrouwen’, in: H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille (red.), *Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en jurisdisering*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p.199-210.

40 ABRvS 20 maart 2013, AB 2013/209, m.nt. Neerhof, JB 2013/84, m.nt. Timmermans, *Gst.* (2013) 7388.50, m.a. Verstedden (*Middelburg*).

41 L.J.A. Damen, ‘Is de staat een ‘geluksmachine’, een ‘pechdemper’ of geen van beide?’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-28.

vraag: Rutte of Moskou? Ook bij de gemeenteraadsverkiezingen van 19 maart 2014 draaide het daar vaak op uit.

Voor mij wordt het al met al steeds meer de vraag of de gemeenteraad en nog algemener de wetgever in formele zin wel zo onbeperkt discretionaire bevoegdheden met beleids- en beoordelingsvrijheid aan bestuursorganen mogen verlenen, met een marginale rechterlijke toetsing als consequentie. Om een ander voorbeeld te geven: burgemeesters krijgen steeds meer vrijwel niet genormeerde bevoegdheden om in het privé leven van de burgers door te dringen, tot achter de voordeur. Die bevoegdheden worden dan ook nog vaak in mandaat door lagere goden uitgeoefend.

9 Kiest de bestuursrechter de juiste toetsingsmaatstaf?

De jurisprudentie van de Afdeling is nu terminologisch op orde, althans conform het veelal aangehangen Dukiaanse model.⁴² Of zij ook bevredigend is voor de burgers, is voor mij sterk de vraag. Zij biedt door de marginale toetsing en het de facto afschaffen van art. 2:4 Awb de burgers bij politieke keuzes te weinig bescherming.

Misschien kan Dick daar de komende jaren, wellicht in rechtsvergelijkend perspectief, nog een oplossing voor bedenken? Een echt *otium cum dignitate* is voor Dick waarschijnlijk toch niet weggelegd.

⁴² In afwijking dus van M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en rechterlijke voorprocedure*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 588 e.v.

8 Bestemmingsplan en beleidsvrijheid

Auke Kuipers¹

1 Inleiding

Sinds 1 juni 2013 neemt de Afdeling bestuursrechtspraak in uitspraken in bestemmingsplanzaken de volgende overweging op:

‘Bij de vaststelling van een bestemmingsplan heeft de raad beleidsvrijheid om bestemmingen aan te wijzen en regels te geven die de raad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De Afdeling toetst deze beslissing terughoudend. Dit betekent dat de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden beoordeelt of aanleiding bestaat voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Voorts beoordeelt de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden of het bestreden besluit anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht.’

De Afdeling stelt met deze nieuwe ‘moederbouwsteen’ inzake het toetsingskader buiten twijfel dat zij ervan uitgaat dat de gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan beleidsvrijheid heeft, en (dus) geen beoordelingsvrijheid. Gelet hierop lijkt van wetenschappelijke invloed ook tijdens het emeritaat onverminderd sprake te kunnen zijn. In de literatuur was immers – door een wetenschappelijk actieve pensionado vanuit het Hoge Noorden – gewezen op onduidelijkheden en inconsistenties in de jurisprudentie op dit punt.² Ook andere overwegingen bevestigen de ‘nieuwe’ lijn:

‘De raad komt beleidsvrijheid toe bij het besluit omtrent het vaststellen van een bestemmingsplan.’³ ‘De raad komt beleidsvrijheid toe bij het bepalen van de begrenzingen van een bestemmingsplan. Deze vrijheid strekt echter niet zo ver dat de raad een begrenzing kan vaststellen die in strijd is met een goede ruimtelijke ordening of anderszins in strijd met het recht.’⁴ ‘De raad komt beleidsvrijheid toe bij het vaststellen van bestemmingen en regels voor gronden. Deze vrijheid strekt echter niet zo ver dat de raad bestemmingen en regels voor gronden kan vaststellen die in strijd zijn met een goede ruimtelijke ordening of anderszins in strijd zijn met het recht.’⁵ ‘De raad dient bij de keuze van een bestemming een afweging te maken van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststelling van het plan. Daarbij heeft de

1 De auteur dankt mr. B. Klein Nulent voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage. De bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

2 L.J.A. Damen, noot onder ABRvS 25 april 2012, *AB* 2012/289; L.J.A. Damen, noot onder ABRvS 27 maart 2012, *AB* 2012/290.

3 Bijv. ABRvS 8 mei 2013, zaak nr. 201205810/1/R2, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9764, *JOM* 2014/206.

4 Bijv. ABRvS 12 maart 2014, zaak nr. 201210939/1/R4, ECLI:NL:RVS:2014:824.

5 Bijv. ABRvS 15 mei 2013, zaak nr. 201201687/1/T1/R1, ECLI:NL:RVS:2013:CA0163, *JOM* 2013/509.

raad beleidsvrijheid. De voor- en nadelen van alternatieven dienen in die afweging te worden meegenomen.⁶

Hoewel hiermee helderheid wordt geboden, zou men van mening kunnen verschillen over de benadering van de Afdeling om beleidsvrijheid aan te nemen; is dit de juiste koers? Verder staat in de ‘moederbouwsteen’ dat de Afdeling de beslissing terughoudend toetst, maar dit laat – uiteraard – nog niet zien hoe deze toetsing in de praktijk verloopt en of zij inderdaad strookt met het gehanteerde uitgangspunt van beleidsvrijheid. In deze bijdrage wil ik verder op deze vragen ingaan.

2 Beleidsvrijheid en/of beoordelingsvrijheid?

Algemeen; vaststelling van een bestemming of regel

Ingevolge artikel 3.1, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) stelt de gemeenteraad voor het gehele grondgebied van de gemeente een of meer bestemmingsplannen vast, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. Deze regels betreffen in elk geval regels omtrent het gebruik van de grond en van de zich daar bevindende bouwwerken. Deze regels kunnen tevens strekken ten behoeve van de uitvoerbaarheid van in het plan opgenomen bestemmingen, met dien verstande dat deze regels ten aanzien van woningbouwcategorieën uitsluitend betrekking hebben op percentages gerelateerd aan het plangebied.

Over de begrippen beleids- en beoordelingsvrijheid is veel geschreven. In deze bijdrage probeer ik uit gaan van zo basaal mogelijke omschrijvingen en versta ik onder:

- ‘beoordelingsvrijheid’: de vrijheid om te beoordelen of aan de vereisten voor toepassing van een bestuursbevoegdheid is voldaan;
- ‘beleidsvrijheid’: de vrijheid om, als aan de toepassingsvereisten van een bestuursbevoegdheid is voldaan, de bestuursbevoegdheid al dan niet (op een bepaalde wijze) te gebruiken.

Daarbij wordt er algemeen van uitgegaan dat de uitoefening van beleidsvrijheid gepaard gaat met een belangenafweging (deze noem ik de belangenafweging in klassieke zin). Of de uitoefening van beoordelingsvrijheid ook gepaard kan gaan met een (minder omvattende vorm van?) belangenafweging, is minder onomstreden.

Kwalificatie van de bevoegdheid van artikel 3.1, eerste lid, van de Wro in het licht van deze omschrijvingen is niet zo eenvoudig.

Damen wijst op de dilemma’s, waar hij stelt dat de gemeenteraad verplicht is voor het gehele grondgebied van de gemeente bestemmingsplannen vast te stellen en in zoverre geen keuze – en dus geen beleidsvrijheid – heeft, maar bij het maken van die bestemmingsplannen wel.⁷ Volgens hem is wellicht wel sprake van beoordelingsvrijheid bij de beoordeling of een bestemmingsplan strekt ten behoeve van een ‘goede ruimtelijke ordening’, een vaag wettelijk begrip dat moet worden ingevuld en toegepast.⁸ De ‘goede

6 Bijv. ABRvS 5 maart 2014, zaak nr. 201306641/1/R6, ECLI:NL:RVS:2014:780, *JM* 2014/50 m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars & T. van der Meulen, *JOM* 2014/260.

7 L.J.A. Damen, noot onder ABRvS 25 april 2012, *AB* 2012/289, onder 10.

8 L.J.A. Damen, noot onder ABRvS 25 april 2012, *AB* 2012/289, onder 11.

ruimtelijke ordening' impliceert dat het bestuursorgaan moet kunnen motiveren waarom bepaalde keuzes passen in dat algemeen belang, aldus Damen. Hij vraagt zich echter af of bij de beoordeling of sprake is van een goede ruimtelijke ordening, niet ook belangen moeten worden afgewogen, en dan zou weer wel sprake zijn van een belangenafweging, en dus van beleidsvrijheid. Er kunnen wel overgangen tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid zijn, maar het is zaak wel precies te onderscheiden, aldus Damen.

De eerste stap lijkt inderdaad dat de gemeenteraad voor alle gronden binnen de gemeente ten minste één bestemmingsplan moet vaststellen. Dit is een absolute (ongeclausuleerde) plicht, met dien verstande dat de raad nog keuze heeft ten aanzien van het moment wanneer hij een (nieuw) plan vaststelt. Ten aanzien van de vraag of een plan wordt vastgesteld beschikt de raad dus niet over beleidsvrijheid, ten aanzien van de vraag wanneer wel. Deze vrijheid wordt ingeperkt door artikel 3.1, tweede lid, dat voorschrijft dat de bestemming binnen een periode van tien jaar telkens opnieuw wordt vastgesteld.⁹

Bij het plan moeten bestemmingen van de gronden worden aangewezen en met het oog op die bestemmingen regels worden gegeven. Ten aanzien van de vraag of bestemmingen en regels worden vastgesteld heeft de raad dus geen vrijheid. Welke bestemmingen en regels dit moeten of mogen zijn is echter niet bepaald. Wel is bepaald dat het aanwijzen van die bestemmingen en het geven van die regels moet strekken ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Wat is in dit kader te zien als toepassingsvereiste en wat als gebruik van de bestuursbevoegdheid?

Een mogelijke lezing van de bepaling zou zijn: 'Indien een bestemming/regel strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening, moet deze bij het bestemmingsplan worden vastgesteld.' In deze lezing zou 'ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening' het toepassingsvereiste zijn – waarbij dan wellicht beoordelingsvrijheid zou bestaan – terwijl het gebruik vervolgens imperatief is voorgeschreven en dus niet gepaard gaat met beleidsvrijheid. In deze opzet zou er in elk geval geen ruimte zijn voor een belangenafweging in de klassieke zin en hooguit voor een (minder omvattende?) belangenafweging binnen de toepassing van de toepassingsvoorwaarde. Men mag echter aannemen dat indien de wetgever een dergelijke bepaling voor ogen had gestaan, hij de bepaling ook zo had geformuleerd.

Door wel te bepalen dat bestemmingen en regels moeten worden vastgesteld, maar niet welke, lijkt de wetgever juist keuzevrijheid te hebben willen laten aan de gemeenteraad over de wijze waarop hij zijn bevoegdheid tot het vaststellen van bestemmingen en regels zal gebruiken. Daarbij wordt de keuze voor een bepaalde bestemming of regel wel gestuurd door de wetgever in die zin dat de bestemming of regel 'ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening' moet strekken. Dit begrip is hier echter geen toepassingsvoorwaarde, maar een directief voor de wijze waarop van de bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt. De frase geeft, in termen van Schlössels, de doelgebondenheid van de bevoegdheid aan.¹⁰

9 Verder gold op grond van de artikel 9.1.4, derde lid, van de Invoeringswet Wro dat voor gebieden binnen de bebouwde kom, waar op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet nog geen bestemmingsplan of daarmee gelijkgestelde planologische maatregel van kracht was, binnen vijf jaar na dat tijdstip (dat wil zeggen: voor 1 juli 2013) een bestemmingsplan dan wel een beheersverordening moest worden vastgesteld. Ingevolge artikel 9.1.4, vierde lid, en artikel 9.3.2, tweede lid, van de Invoeringswet Wro gold – kort gezegd – een actualiseringsplicht per 1 juli 2013 voor plannen die vóór de inwerkingtreding van de Wro tot stand waren gekomen.

10 R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag 1998, p. 89, 383 e.v.

De keuzevrijheid impliceert dat belangen kunnen en moeten worden afgewogen; een belangenafweging in klassieke zin. Ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Awb weegt het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Uit de frase ‘ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening’ vloeit m.i. een beperking voort ten aanzien van de belangen die mogen worden meegewogen, in die zin dat de bestemming of regel niet ten behoeve van een ander belang dan ‘een goede ruimtelijke ordening’ mag worden vastgesteld. De frase is in die zin als uiting van het specialiteitsbeginsel te beschouwen.

Gezien de keuzevrijheid die artikel 3.1, eerste lid, van de Wro geeft en de functie van de frase ‘ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening’ daarbij als bepaling van de doelgebondenheid van de bevoegdheid, neemt de Afdeling in voornoemde ‘moederbouwsteen’ m.i. terecht beleidsvrijheid en geen beoordelingsvrijheid aan om bestemmingen aan te wijzen en regels te geven ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.

Bijzondere aspecten (afwijzing verzoek; plangrens; alternatieven)

In de inleiding werden ook nog enkele andere overwegingen genoemd. Deze hebben betrekking op een aantal bijzondere aspecten, te weten: de afwijzing van een aanvraag om een bestemmingsplan vast te stellen, het vaststellen van de planbegrenzing en het meenemen van alternatieven.

Ten aanzien van de afwijzing van een aanvraag om een bestemmingsplan vast te stellen als bedoeld in artikel 3.9, eerste lid, van de Wro overweegt de Afdeling: ‘De raad komt beleidsvrijheid toe bij het besluit omtrent het vaststellen van een bestemmingsplan.’ In oudere jurisprudentie kon de overweging worden aangetroffen ‘dat gelet op de systematiek van de Wet ruimtelijke ordening aan de raad in beginsel een grote mate van beleidsvrijheid toekomt bij het besluit omtrent het vaststellen van een bestemmingsplan.’¹¹ Damen merkte over (onder meer) deze oudere formulering op dat als uitgangspunt kan dienen dat een bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft of niet. Damen acht het werken met ‘een grote mate van’, ‘in beginsel’ of ‘een zekere’ beleidsvrijheid verwarrend.¹² De nieuwere formulering van de Afdeling neemt dit bezwaar onmiskenbaar weg. Hoe groot dat bezwaar daadwerkelijk moest worden geacht, is m.i. niettemin de vraag. Damen merkte naast het vorenstaande tevens op dat er wel volledige dan wel beperkte vrijheid kan zijn, al naar gelang van de mate waarin de bevoegdheid is genormeerd door (hogere) wettelijke of beleidsmatige criteria. Wanneer men de blik richt op de resultante van de bevoegdheidstoedeling en de wettelijke, beleidsmatige – en m.i. ook: jurisprudentiële – criteria die de uitoefening van de bevoegdheid verder normeren, kan er m.i. wel degelijk een grotere of kleinere mate van beleidsvrijheid zijn. Ervan uitgaande dat de oudere formulering zag op die resultante, en nu het hier gaat om de beslissing omtrent het überhaupt meewerken aan het vaststellen van een plan(herziening) op initiatief van een burger, welke beslissing beduidend minder genormeerd lijkt dan die omtrent de vaststelling van een bestemming of regel, lijkt mij – ook – de oudere formulering niet zonder meer onjuist.

Over de vaststelling van de planbegrenzing overweegt de Afdeling: ‘De raad komt beleidsvrijheid toe bij het bepalen van de begrenzingen van een bestemmingsplan. Deze

11 Bijv. ABRvS 23 juni 2010, zaak nr. 200906477/1/R1, ECLI:NL:RVS:2010:BM8856, JOM 2010/661; ABRvS 22 augustus 2012, zaak nr. 201202420/1/R2, ECLI:NL:RVS:2012:BX5283.

12 L.J.A. Damen, noot onder ABRvS 25 april 2012, AB 2012/289, onder 11.

vrijheid strekt echter niet zo ver dat de raad een begrenzing kan vaststellen die in strijd is met een goede ruimtelijke ordening of anderszins in strijd met het recht.’ In oudere jurisprudentie overwoog de Afdeling: ‘Gelet op de systematiek van de Wet ruimtelijke ordening komt de raad in beginsel een grote mate van beleidsvrijheid toe bij het bepalen van de begrenzingen van een bestemmingsplan. Deze vrijheid strekt echter niet zo ver dat de raad een begrenzing kan vaststellen die in strijd is met een goede ruimtelijke ordening of anderszins in strijd met het recht.’¹³ Hier geldt m.i. mutatis mutandis hetzelfde als bij het vorige aspect. Nu ook de beslissing omtrent de afbakening van het plangebied beduidend minder genormeerd lijkt dan die omtrent de vaststelling van een bestemming of regel, lijkt mij ook hier de oudere formulering niet zonder meer onjuist.

Omtrent het meenemen van alternatieven overweegt de Afdeling: ‘De raad dient bij de keuze van een bestemming een afweging te maken van alle belangen die zijn betrokken bij de vaststelling van het plan. Daarbij heeft de raad beleidsvrijheid. De voor- en nadelen van alternatieven dienen in die afweging te worden meegenomen.’ Zoals Damen opmerkte was de oudere jurisprudentie op dit punt niet uniform. Volgens verschillende uitspraken had de raad bij het meenemen van alternatieven beoordelingsvrijheid, volgens andere beleidsvrijheid.¹⁴ Aangezien dit aspect onderdeel is van de keuze voor een bestemming, ten aanzien waarvan de Afdeling m.i. terecht beleidsvrijheid aanneemt, wordt in de nieuwere jurisprudentie m.i. ook hier terecht de term beleidsvrijheid gebezigd.

3 Toetsing van de uitoefening van de beleidsvrijheid

Algemeen

Hoe verloopt nu de toetsing van de uitoefening van deze vrijheid? In zijn algemeenheid geldt in geval van beleidsvrijheid, zoals hiervoor al opgemerkt, conform artikel 3:4, eerste lid, van de Awb dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Hieruit volgt dat in de afweging het publieke belang moet worden betrokken waarvoor de bevoegdheid is verleend en in elk geval het particuliere belang van de direct belanghebbende. In hoeverre ook andere particuliere belangen mogen of moeten worden betrokken, wordt door de zogeheten rekkelijken en de preciezen verschillend bekeken en deze discussie zal ik hier verder laten rusten.

In artikel 3:4, tweede lid, van de Awb stuurt de wetgever de bestuurlijke afweging verder door te bepalen dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. In haar bekende uitspraak van 9 mei 1996, JB 1996/158 (Maxis-Praxis) heeft de Afdeling overwogen dat de wetgever met dit tot het bestuur gerichte voorschrift niet heeft beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren ten opzichte van de rechtspraak zoals die zich vóór de inwerkingtreding van de Awb had ontwikkeld. Onder verwijzing naar de memorie van antwoord overweegt de Afdeling dat het niet de bedoeling is dat de rechter gaat beoordelen welke nadelige gevolgen nog wel en welke niet meer evenredig zijn, of dat de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van de belangenafweging als het

13 Bijv. ABRvS 16 januari 2013, zaak nr. 201205920/1/R2, ECLI:NL:RVS:2013:BY8521, JOM 2013/321.

14 Zie L.J.A. Damen, noot onder ABRvS 25 april 2012, AB 2012/289, onder 5 en 6.

meest evenwichtig moet worden beschouwd. Dit standpunt van de wetgever is, zoals de Afdeling overweegt, gebaseerd op de onderscheiden posities, die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen. Uit de memorie van antwoord blijkt ook dat met de formulering van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, met toepassing van een dubbele ontkenning ('niet onevenredig'), is beoogd de rechter te nopen tot terughoudendheid bij de toetsing van de belangenafweging door het bestuur, aldus de Afdeling. De door de Afdeling bij beleidsvrijheid voorgestane toetsing komt erop neer dat de bestuursrechter zich dient te beperken tot de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen, dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen.

Wat betekent dit meer specifiek voor het besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan? Daarbij zal ik eerst ingaan op de 'core business': de vaststelling van een bestemming of regel. Vervolgens zal ik kort ingaan op de afwijzing van een verzoek om een bestemmingsplan vast te stellen, de vaststelling van de plangrens en het meenemen van alternatieven. De wijze van toetsing op deze verschillende punten zal ik niet uitvoerig beschrijven, maar toelichten aan de hand van enkele overwegingen die m.i. illustratief zijn.

Vaststelling van een bestemming of regel

Voor een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan geldt – wellicht nog in sterkere mate dan voor veel andere besluiten – dat het een samenstel is van een groot aantal deelbeslissingen. Bij een bestemmingsplan worden immers dikwijls vele verschillende plandelen met bepaalde bestemmingen en regels vastgesteld. Al die verschillende plandelen kunnen afzonderlijk voorwerp van toetsing zijn.

'Een goede ruimtelijke ordening' bestaat uit een complex van deelbelangen die tegen elkaar en de andere rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moeten worden afgewogen. Bij deze deelbelangen valt onder meer te denken aan behoefte, landschappelijke waarden, cultuurhistorische waarden, natuurwaarden, archeologische waarden, geluidhinder, stankhinder, luchtkwaliteit, externe veiligheid, privacy, uitzicht, schaduwhinder, verkeershinder, parkeerhinder en bestaande rechten.

Het is mogelijk dat appellants in zijn betoog tegen de vaststelling van een bepaald plandeel afzonderlijke argumenten aanvoert ten aanzien van verschillende van de hiervoor genoemde deelbelangen. Omdat dit aparte argumenten ten aanzien van aparte deelbelangen zijn, laten deze zich in een uitspraak apart bespreken. De bespreking van een argument over een afzonderlijk deelbelang zal echter niet kunnen leiden tot een oordeel over de vraag of de raad bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot vaststelling van het betrokken plandeel (laat staan het gehele plan) heeft kunnen komen. Dat is pas na de bespreking van alle argumenten tegen de verschillende deelbelangen mogelijk (voor alle bestreden plandelen).

Oordelen over een deelbelang binnen de toetsing van een plandeel

De Afdeling lijkt de bespreking van de afzonderlijke argumenten over deelbelangen vaak te beperken tot een deelconclusie over de mate waarin het desbetreffende deelbelang wordt aangetast. Zo komen we bijvoorbeeld de volgende overwegingen tegen: 'Hoewel het plan een grotere bouwmassa mogelijk maakt dan de thans aanwezige bebouwing, die bestaat uit één bouwlaag en een kap, heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het uitzicht van [appellanten] vanuit hun woningen niet ernstig

wordt aangetast.¹⁵ en ‘De raad heeft zich [...] in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de vermindering van lichtinval voor [appellanten] in dit geval beperkt is.’¹⁶

In andere gevallen lijkt de Afdeling iets verder te gaan en reeds te oordelen dat een bepaald deelbelang de afweging in elk geval niet kon doen uitvallen ten nadele van de vaststelling van het plandeel. Dat laat dan nog open dat een afweging van alle betrokken belangen wel ten nadele van die vaststelling zou of had kunnen uitvallen. In deze zin komen we overwegingen tegen als de volgende: ‘Evenwel is naar het oordeel van de Afdeling niet aannemelijk gemaakt dat de toename van het aantal speelvoorzieningen zo groot zal zijn, dat een onevenredige afname van groenvoorzieningen in het plangebied te verwachten is.’¹⁷ ‘Ook is geen sprake van een dusdanige vermindering van privacy dat daaraan in de belangenafweging een doorslaggevend gewicht had moeten worden toegekend.’¹⁸

Nog wat verder lijken overwegingen te gaan waarin wordt geoordeeld dat de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat zich geen onaanvaardbare hinder zal voordoen, bijvoorbeeld: ‘In hetgeen [appellant] heeft aangevoerd ziet de Afdeling, gelet op de te verwachten maximale geluidbelasting vanwege de voorziene ontsluitingsweg, geen aanleiding voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de voorziene ontsluiting op de Polderboom geen onaanvaardbare geluidhinder voor [appellant] tot gevolg zal hebben.’¹⁹ of ‘De geluidbelasting vanwege de voorziene ontwikkelingen in het plangebied neemt op een drietal woningen aan de Oosterweg weliswaar toe, maar die toename is dusdanig dat de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat deze niet zal leiden tot een onaanvaardbaar woon- en leefklimaat bij de woning van [appellant].’²⁰ Ook dergelijke formuleringen zullen echter moeten worden opgevat als deelconclusie en niet als eindconclusie over de ‘totale’ aanvaardbaarheid van het plandeel.

Eindoordelen van de toetsing van een plan(deel)

Met de introductie van de aan het begin geciteerde ‘moederbouwsteen’ zijn teksten die voorheen in uitspraken als eindconclusie werden opgenomen geruisloos verdwenen. Dit betreft de overwegingen als: ‘De conclusie is dat hetgeen appellant heeft aangevoerd aanleiding geeft voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan(deel) strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.’ Of: ‘De conclusie is dat hetgeen appellant heeft aangevoerd geen aanleiding geeft voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan(deel) strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. In het aangevoerde wordt evenmin aanleiding gevonden voor het oordeel dat het bestreden besluit anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht.’ Hoewel deze teksten een tamelijk sjabloonmatig karakter hadden, gaven zij in elk geval in theorie uitdrukking aan de idee dat na de bespreking van de verschillende deelbelangen een eindoordeel werd gegeven over de vraag of de raad bij afweging van alle betrokken belangen in

15 ABRvS 29 januari 2014, zaak nr. 201302275/1/R1, ECLI:NL:RVS:2014:189.

16 ABRvS 29 januari 2014, zaak nr. 201302275/1/R1, ECLI:NL:RVS:2014:189.

17 ABRvS 19 februari 2014, zaak nr. 201308531/1/R6, ECLI:NL:RVS:2014:584, *JOM* 2014/219.

18 ABRvS 29 januari 2014, zaak nr. 201302275/1/R1, ECLI:NL:RVS:2014:189.

19 ABRvS 5 februari 2014, zaak nr. 201303143/1/R4, ECLI:NL:RVS:2014:307, *JM* 2014/55, m.nt. J.S. Haakmeester, *JOM* 2014/157.

20 ABRvS 10 januari 2014, zaak nr. 201306043/1/R6, ECLI:NL:RVS:2014:70.

redelijkheid tot vaststelling van het betrokken plan(deel) heeft kunnen komen. Zeer veel zelfstandige inhoudelijke betekenis kwam aan deze overwegingen in zoverre echter niet toe. Bovendien brengt artikel 8:69, eerste lid, van de Awb mee dat het oordeel op grondslag van het beroepsschrift moet worden gegeven, waardoor de Afdeling aan een oordeel over de 'totale' afweging niet steeds kan toekomen, hetgeen in voornoemde overwegingen overigens ook tot uitdrukking kwam in de frase 'dat hetgeen appellant heeft aangevoerd [geen] aanleiding geeft voor [...]'.²¹

Waar de Afdeling (thans) beoogt een eindconclusie te geven lijkt zij dit tot uitdrukking te brengen door te overwegen dat de raad (na afweging van alle betrokken belangen) in redelijkheid tot de keuze voor een bepaalde bestemming (of regel) heeft kunnen komen: 'Gelet op het overwogene onder 8.3-8.7 geeft het aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat de raad na afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid ervoor heeft kunnen kiezen om voor het perceel Koningstraat 1-5 horeca tot en met categorie 2 'middelzware horeca' als bedoeld in de 'Staat van Horeca-activiteiten' bij recht toe te staan.'²² 'Na afweging van alle betrokken belangen heeft de raad in redelijkheid de ontwikkelingen in dit plan zwaarwegender kunnen achten dan het behoud van de landbouwfunctie van het gebied ten oosten van de spoorlijn.'²² Of: 'Gelet op het voorgaande ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat de raad in redelijkheid de bestemming 'Wonen' met de aanduiding 'detailhandel' aan het perceel [locatie 1] [...] heeft kunnen toekennen.'²³

Afwijzing verzoek bestemmingsplan vast te stellen

Op dit punt zien we overwegingen als de volgende: 'Hetgeen [appellant] heeft aangevoerd geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat door de realisatie van een woning op het perceel, ondanks een mogelijk groene inpassing daarvan, afbreuk wordt gedaan aan het groene en authentieke beeld van de Nieuwenhovenseweg. [...] Gelet op de door de raad gegeven motivering ziet de Afdeling in hetgeen [appellant] heeft aangevoerd geen aanleiding voor het oordeel dat de raad niet in redelijkheid, bij afweging van alle betrokken belangen, de aanvraag van [appellant] om het bestemmingsplan 'Klarenbeek' te herzien ten behoeve van de bouw van een woning op het perceel heeft kunnen afwijzen.'²⁴

Vaststelling plangrens

Ten aanzien van dit aspect komt de toetsing dikwijls op een wijze als volgt tot uitdrukking: 'In hetgeen [appellanten] hebben aangevoerd ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vastgestelde planbegrenzing strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. [...] Er bestaat geen dusdanige samenhang tussen de gronden dat de raad niet

21 ABRvS 12 maart 2014, zaak nr. 201210939/1/R4, ECLI:NL:RVS:2014:824.

22 ABRvS 10 januari 2014, zaak nr. 201306043/1/R6, ECLI:NL:RVS:2014:70.

23 ABRvS 5 maart 2014, zaak nr. 201306121/1/R1, ECLI:NL:RVS:2014:770.

24 ABRvS 15 augustus 2012, zaak nr. 201203097/1/R2, ECLI:NL:RVS:2012:BX4674.

in redelijkheid de keuze heeft kunnen maken om het perceel met de voormalige agrarische bedrijfswoning los te bestemmen.²⁵

Meenemen alternatieven

Een voorbeeld van een overweging is hier: ‘De raad heeft in zijn reactie op de zienswijze erop gewezen dat verschuiving van het bouwblok richting de Davidstraat niet wenselijk is omdat die woningen minder diepe tuinen hebben dan de woningen aan de Molenweg, waardoor de negatieve gevolgen voor de privacy onevenredig groot zullen zijn. Tevens heeft de raad erop gewezen dat de nadelige gevolgen van het plan in die zin zijn verdeeld dat de bewoners van de Molenweg en de Noorder Boerenvaart weliswaar meer last van schaduwwerking zullen hebben, maar dat de bewoners aan de Davidstraat meer last van geluid zullen hebben. Gelet hierop is er geen aanleiding voor het oordeel dat de raad niet in voldoende mate de voor- en nadelen van alternatieven voor de situering van de bebouwing op het binnenterrein heeft afgewogen.’²⁶

Sluit toetsing aan bij het uitgangspunt van beleidsvrijheid?

De manier waarop de toetsing in de praktijk wordt gebracht, zoals hierboven geïllustreerd, sluit m.i. aan bij de aanname van beleidsvrijheid. Waar de Afdeling bij de beoordeling van de vaststelling van een plandeel met een bepaalde bestemming oordeelt dat de raad na afweging van alle betrokken belangen al dan niet in redelijkheid de ontwikkelingen in het plan zwaarderzamer heeft kunnen achten dan de door appellant ingeroepen belangen en een bepaalde bestemming heeft kunnen toekennen, is de focus gericht op de uitoefening van keuzevrijheid door de raad door middel van een belangenafweging in klassieke zin. Dit geldt ook bij de afwijzing van een aanvraag om een plan vast te stellen (‘geen aanleiding voor het oordeel dat de raad niet in redelijkheid, bij afweging van alle betrokken belangen, de aanvraag heeft kunnen afwijzen’), de vaststelling van de plangrens (‘geen dusdanige samenhang tussen de gronden dat de raad niet in redelijkheid de keuze heeft kunnen maken om het perceel’ niet in het plan op te nemen) en het meenemen van alternatieven (‘in voldoende mate de voor- en nadelen van alternatieven afgewogen’).

4 Conclusie

In de nieuwe ‘moederbouwsteen’ gaat de Afdeling ervan uit dat de raad bij de vaststelling van een bestemmingsplan beleidsvrijheid heeft om bestemmingen aan te wijzen en regels te geven. Gezien de keuzevrijheid die artikel 3.1, eerste lid, van de Wro aan de raad geeft en de functie van de frase ‘ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening’ daarbij als bepaling van de doelgebondenheid van de bevoegdheid, neemt de Afdeling m.i. terecht beleidsvrijheid en geen beoordelingsvrijheid aan. De Afdeling toetst deze beslissingen terughoudend. De wijze waarop de Afdeling dit doet, sluit m.i. aan bij het uitgangspunt van beleidsvrijheid.

25 ABRvS 26 juni 2013, zaak nr. 201210765/1/R3, ECLI:NL:RVS:2013:83.

26 ABRvS 2 mei 2012, zaak nr. 201108654/1/R2, ECLI:NL:RVS:2012:BW4525.

9 Integriteitsbeoordeling in het ruimtelijk bestuursrecht

Iris van Buggenum & Albertjan Tollenaar

1 Inleiding

Met het doel de overheid te beschermen tegen de kwade invloeden van de (georganiseerde) criminaliteit, heeft de wetgever met de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het bestuur (Wet Bibob) voorzien in een bijzonder instrument. Deze wet bevat een tweetal weigeringsgronden die worden toegevoegd aan bestaande vergunningstelsels en waaruit voortvloeit dat een vergunning, subsidie of opdracht kan worden geweigerd of ingetrokken indien het gevaar bestaat dat de aanvrager of houder ervan betrokken is bij criminele activiteiten. Over het bestaan van dat gevaar kan het bestuursorgaan advies inwinnen bij het Landelijk Bureau Bibob (LBB).

De wet heeft, sinds de inwerkingtreding ruim tien jaar geleden, een enorme vlucht genomen.¹ Niet in de zin dat de wet *vaker* wordt gebruikt door bestuursorganen. Afgaand op het aantal malen dat het LBB om advies is gevraagd, is het gebruik stabiel en blijft achter bij de oorspronkelijke verwachtingen.² De enorme vlucht houdt met name verband met de uitbreiding van de reikwijdte, waardoor er in potentie meer vergunningen en aanverwante rechtshandelingen van het bestuursorgaan binnen de reikwijdte van de Wet Bibob vallen. Deze bijdrage gaat over deze uitbreidingen, meer in het bijzonder waar de Wet Bibob het domein van het ruimtelijk bestuursrecht betreft: het rechtsgebied waarop Dick Lubach jarenlang actief is geweest. Op grond van de Wet Bibob kan het (gemeente)bestuur immers bouwvergunningen weigeren en intrekken.³ En na de recente wetwijziging vallen ook vergunningen op grond van de Huisvestingswet, waaronder de onttrekkingsvergunning, en vastgoedtransacties binnen de reikwijdte van de wet.

De vraag die wij centraal stellen is in hoeverre de Wet Bibob in het ruimtelijk bestuursrecht past. Deze vraag behelst zowel een juridische analyse, waarin we ingaan op de juridische vraagstukken die de toepasbaarheid van de Wet Bibob met zich meebrengt, als een beschouwing van de praktijk: wordt de wet wel gebruikt?⁴ We beperken ons

1 Zie: Matthijs IJzerman, Lucas Knepelhout & Niels Romijn (red), *Zuiver Zaken doen. Tien jaar Bibob belicht*, Dienst Justis, Ministerie van Veiligheid en Justitie: Den Haag 2013.

2 Bij behandeling van het eerste wetsvoorstel van de Wet Bibob werd nog uitgegaan van 500 adviezen per jaar, terwijl dit aantal in werkelijkheid nooit meer is geweest dan 300. Zie: *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 883, B, p. 13, *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 883, nr. 3, p. 51 (MvT) en *Kamerstukken I*, 2001/02, 26 883, nr. 73b, p. 13.

3 Inmiddels gaat het om een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen als bedoeld in art. 2.1 aanhef en onder a Wabo. We noemen deze vergunning echter voor het gemak 'bouwvergunning'.

4 Voor het beantwoorden van de empirische vraag maken we gebruik van openbare bronnen (jaarverslag LBB, beleid) en informatie uit interviews met gemeenteambtenaren en ambtenaren bij informatieleveranciers (FIOD, Belastingdienst, Openbaar Ministerie, politie).

daarbij tot een analyse van de toepassing van de Wet Bibob bij drie rechtshandelingen die onder de Wet Bibob vallen: de bouwvergunningen, de onttrekkingsvergunningen en de vastgoedtransacties.

De bijdrage is als volgt gestructureerd. Eerst beschrijven we in paragraaf 2 de doelstelling en structuur van de Wet Bibob. Vervolgens wordt beschreven hoe deze wet van toepassing is verklaard en wordt toegepast bij bouwvergunningen (par. 3), onttrekkingsvergunningen (par. 4) en vastgoedtransacties (par. 5). Paragraaf 6 bevat een conclusie.

2 De olievlek die Bibob heet

De Wet Bibob is ontworpen met een duidelijk doel voor ogen: het terugdringen van ongewenste facilitering van de onderwereld. De kiem van de wet ligt in het rapport van de parlementaire enquête Opsporingsmethoden (Commissie-Van Traa), waarin werd geconcludeerd dat het ongewenst is dat de overheid aan de ene kant met vergunningen en subsidies activiteiten mogelijk maakt, terwijl die activiteiten aan de andere kant, met opsporing en strafrechtelijke handhaving, moet worden bestreden.⁵

De Wet Bibob biedt een mogelijkheid om te voorkomen dat criminele activiteiten met vergunningen, subsidies of andere handelingen van het bestuursorgaan mogelijk worden gemaakt. De kernbepaling van de wet is te vinden in artikel 3: het bestuursorgaan kan een beschikking weigeren of intrekken indien 'ernstig gevaar bestaat dat de vergunning mede zal worden gebruikt om uit strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen zullen worden benut' (a-grond) dan wel om 'strafbare feiten te plegen' (b-grond). Voor de aanwezigheid van dit gevaar gaat het niet alleen om eventuele criminele gedragingen van de aanvrager of houder van de beschikking. Ook criminele antecedenten van derden, met wie de aanvrager een 'zakelijk samenwerkingsverband' heeft, kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van een ernstig gevaar als bedoeld in de wet.⁶ Hiermee kunnen zogenaamde 'stroman-' of 'katvangersconstructies' worden bestreden: de aanvrager is 'schoon', maar de feitelijke gebruiker van de beschikking heeft juist wel criminele antecedenten. Voor het vaststellen van het gevaar als bedoeld in artikel 3 van de Wet Bibob, kan het bestuursorgaan advies inwinnen van het LBB, dat toegang heeft tot tal van gesloten bronnen (art. 9 lid 1 Wet Bibob).

Of het bestuursorgaan gebruik kan maken van deze intrekking- en weigeringsgrond,⁷ is op twee manieren geclausuleerd. In de eerste plaats bevat de Wet Bibob een beperking: in artikel 1 aanhef en onder c worden subsidies en een aantal vergunningen en onthefingen aangemerkt als 'beschikking' in de zin van de Wet Bibob. Bovendien worden overheidsopdrachten (aanhef en onder j) en vastgoedtransacties (aanhef en onder o) aangemerkt als handelingen waarop de weigeringsgrond van toepassing is.

Daarnaast clausuleert de bijzondere wet het toepassingsbereik: in de bijzondere wet moet de wetgever de Wet Bibob van toepassing verklaren. Met deze clausulering waarborgt de wetgever dat de Wet Bibob een proportioneel instrument is en alleen kan worden ingezet in situaties waarin dat echt nodig is. Door de Bibob-grond in de bijzondere wet van toepassing te verklaren wordt immers duidelijk gemaakt dat de Wet Bibob pas in beeld komt indien de beschikking niet op grond van een in de bijzondere wet genoemde weigeringsgrond kan worden geweigerd of ingetrokken. De bijzondere

5 Commissie-Van Traa, Inzake opsporing, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, p. 466.

6 Art. 3 lid 4 Wet Bibob.

7 Voor de leesbaarheid wordt in het vervolg volstaan met de aanduiding 'weigeringsgrond'. Daarmee wordt ook de intrekking grond bedoeld.

wet kan bijvoorbeeld het voorschrift bevatten dat de vergunning niet wordt verleend indien sprake is van 'slecht levensgedrag'. In zo'n geval biedt het vergunningstelsel zelf al de mogelijkheid om rekening te houden met veroordelingen of criminele antecedenten van de aanvrager. De Wet Bibob heeft dan alleen een functie voor feiten en omstandigheden die niet leiden tot de conclusie dat de aanvrager van 'slecht levensgedrag' is, maar desalniettemin wel aanleiding geven om te vermoeden dat de vergunning zal worden misbruikt voor criminele activiteiten. Bijvoorbeeld vanwege criminele antecedenten van iemand met wie de aanvrager in een 'zakelijk samenwerkingsverband' staat of heeft gestaan (art. 3 lid 4 onder c Wet Bibob).⁸

Oorspronkelijk was het toepassingsbereik van de Wet Bibob beperkt tot de beschikkingen die gerelateerd zijn aan de sectoren die door de Commissie-Van Traa zijn aangemerkt als 'criminogeen': vergunningen op grond van Drank- en Horecawet, de Opiumwet, de Wet goederenvervoer over de weg, de Wet Personenvervoer, de Wet milieubeheer, de Woningwet⁹ en gemeentelijke vergunningen die te maken hebben met horeca, prostitutie, coffeeshops, smart- en growshops en gokhallen.¹⁰

Al tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Bibob werd de reikwijdte opgerekt tot de bouwvergunningen.¹¹ En met de inwerkingtreding van de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob op 1 juli 2013 is de Bibob-weigeringsgrond ook van toepassing verklaard op vastgoedtransacties en vergunningen genoemd in de Huisvestingswet. Bovendien kan de Wet Bibob worden toegepast op *alle* gemeentelijke vergunningen die op grond van een verordening verplicht zijn gesteld voor een inrichting of bedrijf (art. 7 Wet Bibob).

3 Bouwvergunning

3.1 Juridische analyse

Nu de Wet Bibob ook van toepassing is op een bouwvergunning, kan deze vergunning worden geweigerd en ingetrokken indien een ernstig gevaar bestaat dat door het verlenen van de bouwvergunning met criminele activiteiten behaald voordeel wordt benut, dan wel nieuwe criminele activiteiten zullen worden verricht.¹² Zowel bezien vanuit het omgevingsrecht als vanuit de Wet Bibob is dit een vreemde toepassingsmogelijkheid van de Wet Bibob.

Allereerst is het vreemd dat een limitatief-imperatief stelsel waarbij het *object*, met het oog waarop de vergunning wordt aangevraagd, wordt beoordeeld aan de hand van criteria die te maken hebben met bouwveiligheid, ruimtelijke ordening en welstand, wordt uitgebreid met een grond waarbij de *persoon* van de aanvrager, inclusief eventuele

8 *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 883, nr. 3, p. 8.

9 De Woningwetvergunning in het oorspronkelijke wetsvoorstel betrof de vergunning als bedoeld in het destijds geldende art. 61a Woningwet: de vergunning voor toegelaten instellingen om onroerende zaken te vervreemden en daarop zakelijke rechten te vestigen.

10 Deze categorieën van branches werden aangeduid in het Besluit Bibob. In de jaren na de inwerkingtreding van de Wet Bibob werden de branches steeds verder uitgebreid, zodat steeds meer gemeentelijke vergunningen onder de reikwijdte van de Wet Bibob vielen, waaronder evenementenvergunningen.

11 Amendement Scheltema-De Nie & Duijkers: *Kamerstukken II* 2001/02, 26 883, nr. 27.

12 Zie art. 2.20 Wabo jo. art. 3 Wet Bibob.

andere betrokkenen, een rol speelt.¹³ Daarmee wordt afbreuk gedaan aan de belangrijkste functie van het limitatief-imperatief stelsel voor de bouwvergunning, namelijk het respecteren van het gebruik van het eigendom waarop uitsluitend een inbreuk mag worden gemaakt indien daarmee een specifiek, in de wet omschreven publiek belang wordt gediend.¹⁴

In het verlengde hiervan levert de toepasselijkheid van de Bibob-weigeringsgrond ook een complicatie op in de besluitvormingsprocedure. Eén van de doelstellingen van de Wabo is nu juist dat de burger niet te vaak en met te veel formulieren zou worden lastiggevallen.¹⁵ Indien het bestuursorgaan een aanvraag wil toetsen aan de Wet Bibob, leidt dat tot extra vragen om de achtergrond van de persoon van de aanvrager te beoordelen. Deze vragen zijn opgenomen in een landelijk geüniformeerd vragenformulier, te vinden in Bijlage 2 van de Regeling Bibob-formulieren (een ministeriële regeling op grond van de Wet Bibob). Het vragenformulier telt 33 pagina's en bevat tal van vragen over bedrijfsstructuur en financieringsbronnen. Hoewel het formulier voor een goed georganiseerd bedrijf eenvoudig is in te vullen, staat wel vast dat met die extra vragen een van de belangrijkste doelstellingen van de Wabo-wetgever wordt ondermijnd.

Een andere doelstelling van de Wabo is het versnellen van de besluitvormingsprocedure, met als ultieme sanctie dat de gevraagde vergunning van rechtswege wordt gegeven indien niet tijdig, dat wil zeggen binnen acht weken, op een aanvraag is beslist (art. 3.9 Wabo jo. art. 4:20b Awb). In het geval het bestuursorgaan op grond van de verkregen informatie besluit om een advies te vragen aan het LBB, wordt de besluitvormingsprocedure echter verlengd met ten hoogste twaalf weken (art. 31 jo. art. 15 Wet Bibob). De Wet Bibob ondermijnt hiermee niet alleen het streven naar snelle besluitvorming, maar heeft zelfs een mogelijke pervers effect: het bestuursorgaan kan 'tijd kopen' door een Bibob-advies aan te vragen, zelfs als men daar niet veel van verwacht.

Daarbij komt dat de Wabo voorziet in de mogelijkheid dat bouwvergunningen worden overgedragen.¹⁶ Dat betekent dat de aanvrager niet degene hoeft te zijn die daadwerkelijk gebruik gaat maken van de vergunning. Weliswaar voorziet de Wabo in een bijzondere intrekkingsgrond indien zich een gevaar voordoet als bedoeld in artikel 3 Wet Bibob,¹⁷ maar het behoeft geen betoog dat dit wel buitengewoon veel oplettendheid vergt van het bevoegd gezag. De overdracht van een vergunning is immers doorgaans een administratieve kwestie van ondergeschikt belang en zonder inhoudelijke toets.

Naast deze meer procedurele complicaties doet zich het probleem voor dat de Wet Bibob uitsluitend op de bouwvergunning van toepassing is, terwijl in de praktijk de omgevingsvergunning vaak ook voor andere activiteiten zal worden aangevraagd. Dit is bijvoorbeeld het geval indien het bouwen leidt tot een met het bestemmingsplan strijdig gebruik (art. 2.1 lid 1 aanhef en onder c Wabo). Hoewel het bouwen in beginsel onlosmakelijk verbonden is met het strijdig gebruik en dus in het ideale geval in één keer wordt aangevraagd, biedt artikel 2.7 lid 1 Wabo tegenwoordig de mogelijkheid dat de vergunning voor strijdig gebruik afzonderlijk van de bouwvergunning wordt aangevraagd. De consequentie kan dan zijn dat de vergunning voor het strijdig gebruik

13 Dit zal de Wabo-wetgever niet hebben bedoeld met het mantra 'de burger centraal', *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 3 (MvT).

14 H.D. Tolsma, 'De betekenis van het specialiteitsbeginsel in de context van het omgevingsrecht', *NTB* 2013/21, p. 121-128.

15 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 30 (MvT).

16 Art 2.25 Wabo jo. 4.8 Bor.

17 Zie art. 5.19 lid 4 onder b Wabo.

wel kan worden verleend, terwijl de vergunning voor het bouwen wegens een gevaar als bedoeld in de Wet Bibob wordt geweigerd. Het gevolg: de aanvrager heeft wel een vergunning voor strijdig gebruik, maar kan die vergunning niet gebruiken.¹⁸

Maar ook bezien vanuit de oorspronkelijke doelstelling en het systeem van de Wet Bibob is het vreemd om de bouwvergunning aan een Bibob-toets te onderwerpen. De Bibob-weigeringsgrond gaat immers over het gevaar dat met criminele activiteiten verkregen voordeel wordt benut (a-grond), dan wel nieuwe criminele activiteiten zullen worden begaan (b-grond). Op zichzelf is in dit systeem nog wel denkbaar dat een aanvrager van een bouwvergunning niet in de gelegenheid wordt gesteld om met criminele activiteiten verkregen middelen te investeren in een nieuw bouwwerk. De veroordeelde drugsdealer zou dan geen huis mogen bouwen. Daargelaten of dat ook proportioneel en evenredig is, biedt de Wet Bibob de ruimte voor een dergelijk besluit.

Minder voor de hand ligt het om de b-grond in te roepen. Voor zover gedacht wordt aan ernstig gevaar dat de vergunning zal worden gebruikt om nieuwe strafbare feiten te verrichten, moet dat gevaar immers gebaseerd zijn op 'feiten en omstandigheden' die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot 'strafbare feiten die gepleegd zijn bij activiteiten die overeenkomen of samenhangen met activiteiten waarvoor de beschikking wordt aangevraagd dan wel is gegeven'.¹⁹ De activiteit waarvoor een bouwvergunning wordt afgegeven, is beperkt tot het bouwen. Dus alleen voor zover bij het *bouwen* strafbare feiten zijn begaan of bij activiteiten die met het bouwen samenhangen, kan men op grond van de b-grond de vergunning weigeren. Dat is nogal een beperking. Van den Berg wijst erop dat de b-grond eigenlijk alleen kan worden ingeroepen indien het bestuursorgaan vreest dat de aanvrager bij het gebruik van de bouwvergunning regels zullen worden overtreden, bijvoorbeeld arbo-regels of regels over de tewerkstelling van vreemdelingen.²⁰ Het weigeren van de vergunning omdat het gevaar bestaat dat zich in het pand waarvoor bouwvergunning wordt verleend criminele activiteiten zullen voordoen, voldoet in ieder geval niet aan de eis dat samenhang moet bestaan tussen de vergunde activiteit en de criminele activiteiten die worden gevreesd. Zou men in dat geval wel samenhang accepteren, dan is de eis van samenhang in artikel 3 lid 3 Wet Bibob zinledig geworden.²¹

3.2 Praktijk

Hoe wordt de Wet Bibob toegepast bij bouwvergunningen? Uit de jaarverslagen van het Landelijk Bureau Bibob blijkt dat in 2011 en 2012 zes maal advies is gegeven over een

18 Vergelijk: Rb. Zwolle 24 mei 2011, *Omgevingsrecht* 2011/12045, m.nt. Sieben.

19 Art. 3 lid 3 aanhef en onder a Wet Bibob.

20 A.E.M. Van den Berg, 'De Wet Bibob in de vastgoedsector', in: A. Tollenaar, R.W. Veldhuis & A.E.M. Van den Berg, *Beoordelen van integriteit met de Wet Bibob* (preadviezen Jonge VAR), BJu: Den Haag 2009, p. 113.

21 Het is daarom opmerkelijk dat de Afdeling niet bijster streng in de leer is ten aanzien van de eis van samenhang. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 november 2010, *AB* 2011/28, m.nt. Tollenaar en ABRvS 8 juli 2009, *JB* 2009/183, m.nt. Overkleef-Verburg, *Gst.* (7325) 2009/105, m.nt. Van den Berg. Ter relativering: de meeste criminele activiteiten zullen ook voordeel opleveren, zodat de vergunning reeds op grond van de a-grond (voorkomen dat met criminele activiteiten behaald voordeel wordt benut) kan worden geweigerd.

beschikking in de bouwsector.²² Die adviezen kunnen zowel een bouwvergunning als een overheidsopdracht betreffen.

Het Bibob-beleid van gemeenten geeft een vollediger beeld. Uit de bestudering van Bibob-beleid blijken grote verschillen. Sommige gemeentebesturen kiezen er uitdrukkelijk voor de Wet Bibob *niet* toe te passen bij bouwvergunningen.²³ In andere gemeenten volstaat het gemeentebestuur met een overweging dat toepassen van de Wet Bibob mogelijk is, maar dat het 'niet verstandig (is) alle aanvragen [...] aan een toetsing op basis van de Wet Bibob te onderwerpen',²⁴ zonder dat een nadere aanduiding plaatsvindt wanneer wel en wanneer niet wordt getoetst aan de Wet Bibob.

Soms bevat het Bibob-beleid juist wel criteria. Als voorbeeld kan worden gewezen op de Bibob-beleidslijn van de gemeente Breda.²⁵ In deze beleidslijn wordt aangekondigd dat een Bibob-toets plaatsvindt indien de bouwsom meer dan € 500.000 bedraagt, of indien het de vierde aanvraag betreft voor een bouwwerk met een bouwsom van meer dan € 50.000 maar minder dan € 500.000. Indien de aanvraag echter afkomstig is van een (semi)overheidsinstantie, wordt niet aan de Wet Bibob getoetst. De beleidslijn van Breda bevat verder een lijst met 'risicocategorieën', uiteenlopend van hotels, pensions en coffeeshops, tot transportondernemingen en kamerverhuurbedrijven. Een aanvraag voor een bouwactiviteit die hoort bij deze risicocategorieën, met een bouwsom die meer bedraagt dan € 50.000, wordt aan een Bibob-toets onderworpen. En ten slotte biedt de beleidslijn het college van B&W de mogelijkheid om 'risicogebieden' aan te wijzen. Aanvragen voor bouwvergunningen in die risicogebieden worden altijd getoetst aan de Wet Bibob. Onduidelijk is of inderdaad risicogebieden zijn aangewezen. Andere gemeenten, zoals de gemeenten Amsterdam en Den Haag, kennen een vergelijkbaar beleid.

Het effect van het Bibob-instrument bij de bouwvergunning blijkt uit casuïstiek. Zo is de bouwvergunning voor het clubhuis van de Hells Angels op grond van de Wet Bibob geweigerd, waarna deze club op zoek moest naar een ander onderkomen.²⁶ Maar ook in kleinere zaken wordt de Bibob wel eens toegepast, zoals de weigering van een bouwvergunning omdat er een ernstig gevaar bestond dat de bouwvergunning voor het plaatsen van een dakkapel en berging mede gebruikt zou worden om uit gepleegde strafbare feiten verkregen (op geld waardeerbare) voordelen te benutten.²⁷

22 In totaal bracht het LBB in 2011 196 en in 2012 225 adviezen uit. Het aandeel adviezen in de bouwsector is dus marginaal.

23 BIBOB beleid in de gemeenten De Marne, Winsum en Zuidhorn, gepubliceerd op <www.overheid.nl>.

24 Beleidslijn BIBOB bij bouwvergunningen en subsidies, gemeente Groningen, gepubliceerd op <www.overheid.nl>.

25 Bibob-Beleidslijn B5 Wabo (bouwen en wonen), gepubliceerd op <www.overheid.nl>. Deze beleidslijn is vastgesteld in de zogenaamde B5-gemeenten: Eindhoven, Breda, Tilburg, Helmond en 's Hertogenbosch.

26 Rb. Amsterdam 3 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3260.

27 ABRvS 13 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3983.

4 Onttrekkingsvergunning

4.1 Juridische analyse

Op grond van artikel 30 van de Huisvestingswet is het verboden een woning aan de woonvoorraad te onttrekken en deze – bijvoorbeeld – in zelfstandige woonruimte om te zetten zonder vergunning. Of een onttrekkingsvergunning noodzakelijk is, bepaalt de gemeenteraad in de Huisvestingsverordening. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de aanvrager een woonhuis wil verbouwen tot een pand voor kamerverhuur. In (studenten)steden, zoals Groningen, is dat het instrument bij uitstek om studenten-bewoning te reguleren. In steden in de Randstad gaat het vaak om het reguleren van bewoning door werknemers uit Midden- en Oost Europa.

Ook de onttrekkingsvergunning kan, dankzij een amendement in de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob, worden geweigerd op grond van de Wet Bibob.²⁸ Uit de toelichting blijkt waarom deze uitbreiding noodzakelijk wordt geacht. Een aantal gemeentebesturen blijkt te kennen te hebben gegeven behoefte te hebben aan het instrument om huisjesmelkers tegen te gaan.²⁹ Huisjesmelkerij wordt in verband gebracht met leefbaarheidsproblemen en uitbuiting van degenen die kamers bewonen.³⁰

De vraag is evenwel of de Wet Bibob bij het vergunningstelsel in de Huisvestingswet past. Duidelijk is in ieder geval dat het motief – huisjesmelkerij tegengaan – niet past bij de oorspronkelijke doelstelling van de Wet Bibob. Voor het tegengaan van leefbaarheidsproblemen of ongewenste omzetting van woningen in kamerverhuurpanden hebben gemeentebesturen immers tal van andere instrumenten. Zo kan men ook in het bestemmingsplan regelen dat kamerverhuur niet tot het toegestane gebruik behoort. En ook de Huisvestingsverordening en het daarop gebaseerde beleid bieden voldoende aanknopingspunten om de leefbaarheid te beschermen. De bevoegdheid om een onttrekkingsvergunning te verlenen of te weigeren biedt het gemeentebestuur immers zeer veel beleidsvrijheid.

De voornaamste reden om de onttrekkingsvergunning onder de Wet Bibob te brengen, is dat daarmee de persoon van de aanvrager en diens criminele activiteiten een rol mogen spelen bij de vergunningverlening. Op zichzelf is de samenhang tussen de criminele activiteiten en het gebruik van de onttrekkingsvergunning wel duidelijk. Gedacht kan worden aan eerdere uitbuiting van vreemdelingen of (gewelddadige) gedragingen jegens huurders. Alleen rijst de vraag of deze gedragingen in opsporingsactiviteiten of toezichtshandelingen aan het licht zullen komen. Alleen dan valt er immers iets te zeggen over een mogelijk gevaar dat een nieuwe onttrekkingsvergunning wordt misbruikt voor criminele activiteiten.

4.2 Praktijk

De vergunningstelsels op grond van de Huisvestingswet zijn recent onder de Wet Bibob gebracht. Het spreekt dus vanzelf dat het LBB nog geen adviezen heeft afgegeven over vergunningen op grond van de Huisvestingswet. In een handvol gemeenten is het Bibob-beleid aangepast met een overweging over de toepassing van de Wet Bibob

28 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 676, nr. 12 (amendement Bontes).

29 IOOV, *Aan de slag met de BIBOB*, Den Haag 2011, p. 49.

30 Vergelijk het initiatief in Rotterdam om een Polenhotel te openen: 'De Polen komen tóch, dan liever netjes in een hotel', *NRC Handelsblad* 6 januari 2014.

op de onttrekkingsvergunningen.³¹ Niet toevallig zijn dit gemeenten in de buurt van Rotterdam, waar de problematiek rondom huisjesmelkers het grootst is. Wat opvalt, is dat geen van de beleidsregels criteria bevatten over de toepassing van de Wet Bibob bij onttrekkingsvergunningen. De formulering is in de beleidsregels in alle gemeenten hetzelfde: ‘het bestuursorgaan kan de wet in beginsel toepassen op de vergunningen als bedoeld in de Huisvestingswet’. Meer terughoudendheid is bijna niet denkbaar.

De enige beleidsregel waarin stelling wordt voorgenomen om gebruik te maken van de Wet Bibob bij onttrekkingsvergunningen is die van de gemeente Dordrecht.³² Deze gemeente kent wel een heel bijzondere problematiek rondom huisjesmelkers. Het gemeentebestuur van Dordrecht is in een langdurige strijd verwickeld met een in die gemeente actieve huisjesmelker. Deze huisjesmelker heeft een aantal panden die (naar verluidt) niet aan de gestelde eisen voldoen, waarop het gemeentebestuur een last onder dwangsom heeft opgelegd. De huisjesmelker heeft in reactie daarop handhavingsverzoeken voor andere vermeende overtredingen en tal van Wob-verzoeken ingediend. Tegen elk besluit gaat de huisjesmelker in bezwaar en beroep, uitmondend in 400 procedures.³³ Daarop vordert de gemeente Dordrecht in een civiel procedure een verbod voor de huisjesmelker om zich gedurende twee jaar vaker dan tien keer per maand schriftelijk tot de gemeente te wenden. Deze vordering is toegewezen,³⁴ maar daarmee is de strijd nog niet beëindigd.³⁵

Hoewel niet gesteld kan worden dat het voornemen om de Wet Bibob toe te passen op de onttrekkingsvergunningen samenhangt met deze strijd tussen gemeente Dordrecht en de huisjesmelker, is wel duidelijk dat met het creëren van de mogelijkheid daartoe de balans tussen burger en overheid verschuift. In een vergunningstelsel waarin de leefbaarheid en de kwaliteit van de woningvoorraad centraal zouden moeten staan, verschuift de aandacht naar de persoon van de burger. Dat brengt een risico met zich mee dat de Wet Bibob wordt misbruikt; in ieder geval in de ogen van de burger.

5 Vastgoedtransacties

5.1 Juridische analyse

Dat de vastgoedsector vatbaar is voor criminele praktijken blijkt uit het onderzoek ‘*Malafide activiteiten in de vastgoedsector*’.³⁶ Deze praktijken hebben betrekking op de exploitatie (onrechtmatige bewoning, onregelmatigheden rond verhuur en onrechtmatig gebruik van de woning) en speculatie (ABC-transacties,³⁷ verkoopcarroussels,³⁸ hypo-

31 Dit zijn de gemeenten: Vlist, Midden-Delfland, Ouderkerk en Pijnacker-Nootdorp.

32 Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage lag deze beleidsregel nog ter inzage.

33 <http://www.rijnmond.nl/nieuws/11-04-2012/strijd-met-huisjesmelker-kost-dordt-tonnen>. Op 19 december 2013 heeft de Rechtbank Rotterdam in enkele beroepzaken uitspraak gedaan, zie bijvoorbeeld: ECLI:NL:RBROT:2013:10113.

34 Rb. Rotterdam 21 maart 2013, AB 2013/151, m.nt. Stijnen.

35 <http://www.rijnmond.nl/nieuws/21-03-2013/dordtse-bezwarentijger-moet-stoppen-met-brief-bombardemen>. Geraadpleegd op 06-01-2014.

36 H. Ferenda e.a., *Malafide activiteiten in de vastgoedsector*, WODC: Den Haag 2007.

37 Een ABC-transactie is vaak onderdeel van onroerend goed- of hypotheekfraude en met de term wordt de transactie bedoeld waarmee een pand achtereenvolgens wordt verkocht van A aan B, en van B aan C waarbij uiteindelijk direct geleverd wordt van A aan C.

38 Er is sprake van een verkoopcarroussel wanneer panden in een relatief kort tijdsbestek buitenproportioneel snel worden verkocht, waardoor hoge winsten worden behaald.

theekfraudes, belastingontduiking en witwassen). In alle gevallen is sprake van oplichting waarvan gewone burgers, financiële instellingen en de overheid de dupe zijn.³⁹

De Commissie-Van Traa constateerde al dat de bouwsector dergelijke risico's met zich meebracht. De ongewenste facilitering was echter lange tijd beperkt tot bouwvergunningen (par. 3) en overheidsopdrachten. Met de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob is aan de wet een nieuw artikel 5a toegevoegd, waarin rechtspersonen met een overheidstaak de bevoegdheid krijgen om bij het aangaan van een vastgoedtransactie een Bibob-toets uit te voeren.⁴⁰ Het gaat daarbij om diverse transacties zoals koop/verkoop, huur/verhuur, gronduitgifte, het ontwikkelen van projecten en het vestigen van zake-lijke rechten als erfdienstbaarheid, erfpacht, recht van opstal en appartementsrechten.

De concrete aanleiding om de Wet Bibob uit te breiden tot de vastgoedtransacties was de Klimop-zaak: de grote fraudezaak door personeel van het Philips Pensioenfonds en het Rabobank Bouwfonds. Het ging daarbij om de aanleg van het Symphonycomplex. De voormalige directeur van het Bouwfonds had namens het Bouwfonds afgesproken dat de kleine projectontwikkelaar Trimp & Van Tartwijk 60% van de winst van het project zou ontvangen (neerkomend op ongeveer € 30 miljoen), omdat deze de bouwclaim op het Symphonycomplex bij de gemeente Amsterdam zou hebben losgekregen. Dit laatste bleek echter niet waar; de rechten waren enkel en alleen aan het Bouwfonds verleend. Een groot deel van die zogenaamde winst van Trimp & Tartwijk zou dan ook naar de voormalig directeur zelf zijn gegaan, met een enorme schade voor het Bouwfonds en Philips Pensioenfonds als gevolg.⁴¹ Uiteindelijk is uitbetaling van het winstaandeel vlak voor de afronding van de bouw voorkomen. Maar duidelijk werd wel dat de overheid – in dit geval de gemeente Amsterdam – gemakkelijk in ongewenste fraudesituaties terecht zou kunnen komen. Met de uitbreiding van de Wet Bibob geeft de wetgever de mogelijkheid om de contractspartij aan een nader onderzoek te onderwerpen.

Het doel is wel duidelijk. Toch is maar de vraag of de Wet Bibob iets toevoegt en niet juist tot complicaties leidt bij vastgoedtransacties. Een complicatie is bijvoorbeeld dat met de uitbreiding van de Wet Bibob naar vastgoedtransacties Bibob-adviezen nu (ook) worden getoetst door een civiele rechter, die zich immers zal buigen over de rechtmatigheid van het ontbinden van de overeenkomst. Het meest ongewenste gevolg is dat de civiele rechter een andere maatstaf zal aanleggen ten aanzien van de bewijswaardering van het advies van het LBB. In ieder geval is duidelijk dat de bestuursrechter inmiddels tien jaar ervaring heeft opgedaan met de interpretatie van deze adviezen.

Een tweede complicatie betreft het ontbreken van gegevens waarop het LBB zijn advies kan baseren. Vastgoedtransacties worden gedomineerd door de vrije beroepsbeoefenaren (advocaten en notarissen) met een geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht. Informatie over de aard van de transactie is daardoor lastig te verkrijgen voor opsporingsambtenaren of toezichthouders. Dit heeft tot het gevolg dat nauwelijks informatie

39 B. van Gestel, *Vastgoed & fout*, WODC: Den Haag 2008.

40 Met de formulering 'rechtspersoon met een overheidstaak' is aangesloten bij art. 2:1 BW. De Wet Bibob maakt het mogelijk om bij het aangaan van de overeenkomst een Bibob-onderzoek uit te voeren, dan wel de overeenkomst te ontbinden, indien over de uitkomsten van zo'n onderzoek in de overeenkomst een opschortende of ontbindende voorwaarde is opgenomen (zie art. 5a Wet Bibob).

41 H. Schutten 'Vastgoedfraude is topje van de ijsberg', *Het Parool* 4 november 2009.

beschikbaar zal zijn waarop het LBB zijn conclusie over de mate van gevaar kan baseren.⁴²

Bovendien kan met de uitbreiding van de Wet Bibob nog steeds maar een deel van de vastgoedproblematiek worden aangepakt, namelijk dat deel waarbij de overheid betrokken is. Dat was bij de Klimop-zaak al zeer marginaal. En het is voorstelbaar dat naarmate de overheid strenger opereert in vastgoedtransacties, de criminaliteit via een waterbedeffect wordt doorgeschoven naar andere partijen in de vastgoedsector.⁴³ Financiële instellingen en pensioenfondsen hebben immers niet dezelfde onderzoeksmogelijkheden en zijn dan een makkelijker prooi.

5.2 Praktijk

Volgens de wetgever is het niet de bedoeling om iedere vastgoedtransactie aan een Bibob-toets te onderwerpen.⁴⁴ Dit ligt, gelet op het aantal vastgoedtransacties waarbij de overheid betrokken is, ook niet voor de hand. Men kan dus beleid verwachten met een keuze welke transacties wel en welke niet aan een Bibob-toets worden onderworpen. Het LBB heeft daartoe een indicatorenlijst voor vastgoedtransacties opgesteld. De indicatoren richten zich op de bedrijfscultuur (bijvoorbeeld onduidelijke of ondoorzichtige organisatiestructuur, onnodig veel of een complexe structuur van rechtspersonen of de betrokkenheid van buitenlandse rechtspersonen), de financiën (weigerachtige houding bij het verstrekken van de boekhouding of een onverklaarbaar vreemd vermogen door contant aangehouden 'spaargelden'), de betrokkene zelf (gebruik van een 'lobbycircuit', ontbreken van ervaring in de branche of begeleiding door een adviseur, vriend, familielid, die een leidende rol blijkt te hebben), aanwijzingen van betrokkenheid bij criminaliteit (door bijvoorbeeld signalen van handhavingsambtenaren, politie of een tip van het OM) en op het terrein van het vastgoed zelf (vastgoedtransacties in een kwetsbaar gebied of een niet-marktconforme prijs voor de aankoop van het vastgoed).

Beleid voor de toepassing van de Wet Bibob bij vastgoedtransacties is zeldzaam. Slechts een handjevol gemeenten heeft in hun beleid een overweging opgenomen over de toepassing van de Wet Bibob bij vastgoedtransacties.⁴⁵ De formulering in dit beleid steeds hetzelfde: de gemeente *kan* een Bibob-toets uitvoeren, waarbij soms een aantal risicofactoren wordt genoemd (bijvoorbeeld financiële complexiteit), zo nu en dan aangevuld met een financiële drempel. Van andere rechtspersonen met een overheidstaak die veelvuldig bij vastgoedtransacties zijn betrokken, waaronder Staatsbosbeheer,⁴⁶ is in het geheel geen beleid aangetroffen.⁴⁷

42 A.E.M. Van den Berg, 'De Wet Bibob in de vastgoedsector', in: A. Tollenaar, R.W. Veldhuis & A.E.M. Van den Berg, *Beoordelen van integriteit met de Wet Bibob* (preadviezen Jonge Var), BJu 2009, p. 125.

43 Aldus A.E.M. Van den Berg, 'Alle vastgoed professionals moeten in de wet Bibob', *Trouw* 4 december 2008.

44 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 676, C.

45 Gezocht is op <www.overheid.nl>. Met de zoektermen 'vastgoedtransactie' en 'Bibob' zijn beleidsregels in de volgende gemeenten gevonden: Uden, Vlist, Midden-Delftland, Nuth, Pijnacker-Nootdorp, Ouderkerk en Hof van Twente.

46 Zie art. 2 Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer.

47 Gezocht is op 'vastgoedtransactie' op de site van de Staatscourant en op de provinciale sites. Dit leverde geen hits op.

6 Conclusie

Past de Wet Bibob in het ruimtelijk bestuursrecht? De uitbreiding van het toepassingsbereik in het ruimtelijk bestuurrecht is onderbouwd met een verwijzing naar de aard en omvang van de criminele activiteiten die zouden plaatsvinden met bouwvergunningen, onttrekkingsvergunningen en vastgoedtransacties. Afgaand op het beperkte Bibob-beleid en de eveneens beperkte casuïstiek kan men zich afvragen of de uitbreiding van de Wet Bibob wel zin heeft. Blijkbaar hebben bestuursorganen met andere bevoegdheden reeds genoeg mogelijkheden om criminele activiteiten te weren.

Dat is bijvoorbeeld het geval voor zover het Bibob-beleid het voornemen bevat om bouwvergunningen in risicosectoren te onderzoeken. Deze risico-sectoren zijn doorgaans horeca, coffeeshops en prostitutie: sectoren die ook anderszins, bij andere vergunningsprocedures, al aan een Bibob-toets kunnen worden onderworpen. De mogelijkheid om de Wet Bibob toe te passen bij de bouwvergunning voegt dan niets toe. Daarbij leidt de toepassing van de Wet Bibob tot ondermijning van de uitgangspunten van het stelsel voor bouwvergunningen. In plaats van een eenvoudige en snelle procedure leidt toepassing van de Wet Bibob tot verzwaring en verlenging van de procedure.

Bij de onttrekkingsvergunning lijkt de Wet Bibob weer beter te passen, maar juist bij deze vergunningen geldt dat het de vraag is of deze vergunningen wel met het juiste motief onder de reikwijdte van de wet zijn gebracht. Huisjesmelkerij levert immers doorgaans overtredingen op die ook anderszins, met andere bestuursrechtelijke en strafrechtelijke instrumenten kunnen worden bestreden.

De Bibob-toets past eigenlijk alleen bij de besluitvorming rondom vastgoedtransacties bij het karakter van de Wet Bibob. Tegelijkertijd geldt nu juist bij vastgoedtransacties dat de frauduleuze handelingen buitengewoon moeilijk kunnen worden tegengegaan met een Bibob-toets. Het zal niet meevallen om een crimineel verleden te reconstrueren van de contractpartners, ook al omdat de opsporingscapaciteit niet gericht is op het ontdekken van dit soort witteboordencriminaliteit. De vraag is dan of een advies van het LBB het bestuur veel zal helpen.

Dit alles neemt natuurlijk niet weg dat het onwenselijk is dat de overheid criminele activiteiten faciliteert. Juist waar het risico op facilitering het grootst is (vastgoedtransacties), ligt het echter meer voor de hand om te investeren in toezicht en opsporing. Het bestuursorgaan zou opsporingsdiensten (zoals de Belastingdienst en politie) mee kunnen laten kijken bij de informatie die voorafgaand aan deze transacties wordt verzameld. Mochten rare financieringsstromen blijken, of mochten er andere aanwijzingen zijn voor criminele activiteiten, dan zou dat aanleiding moeten zijn voor toezicht- of opsporingsonderzoek. Of zo'n model zou werken, verdient volgens ons in ieder geval nader onderzoek.

10 On the making of a fundamental right to a safe environment

Suzanne Comtois

1 Introduction

Environmental protection has become one of the biggest challenges of our time. It is the responsibility of all individuals and states. In 1969, young Dick Lubach wrote his Master's thesis on air pollution control, arguing in favour of a better integration of pollution control measures. More than 40 years later, it is with great emotion that I write this piece on the making of a fundamental right to a safe environment, in a book dedicated to Professor Lubach.

Finding support in section 1 of the *Stockholm Declaration* of 1972 and other agreements developed since that time, pressure groups and legal scholars have argued for the adoption, in international law, of a third generation of fundamental rights which would include the right to a safe environment.¹ Other commentators, considering the very existence of third generation rights risky, unnecessary or utopic, have sought to include this right in existing first generation fundamental rights (such as the right to life or security of the person) but, in both cases, these assertions are far from creating a consensus². Similarly, attempts to raise the right to a safe environment to a constitutional level by associating it with section 7 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*³ have been unsuccessful so far, as the rights conferred by these provisions have been difficult to apply to disputes involving environmental issues⁴.

1 Jamie Benedickson, *Environmental Law*, 4e éd., Toronto, Irwin Law, 2013 p. 52-56, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, 16 June 1972, 11 I.L.M. 1416, principe 1. Similar assertions may also be found in various other international texts such as UICN/PNUE/WWF, *Stratégie mondiale de la conservation: la conservation des ressources vivantes au service du développement durable*, Gland, Suisse, 1980; AG NU, *Charte mondiale de la nature*, Doc. NU/A/RES/37/17 (1982); *Convention relative aux droits de l'enfant*, Résolution 44/25 du 20 novembre 1989. See Jean-Maurice Arbour, Sophie Lavallée and Hélène Trudeau, *Droit international de l'environnement*, Cowansville, Yvon Blais, 2012.

2 Arbour, Lavallée, Trudeau, supra. p. 61; M. Déjeant-Pons, 'L'insertion du droit de l'homme à un environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme', (1991) 3 *Revue universelle des droits de l'homme*, 461 at p. 462; A. Kiss, 'Définition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement', dans P. Kromarek (dir.), *Environnement et droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1987 à la p. 17. See also, Benedickson, supra. p. 52-57.

3 The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11, Part I

4 See especially: *Operation Dismantle v. La Reine*, [1985] 1 S.C.R. 441. See also: Dianne Saxe, *Environmental Offences: Corporate Responsibility and Executive Liability*, Aurora, Canada Law Book, 1990 and Jamie Benedickson, *Environmental Law*, 4e éd., supra, note 1.

Approaches based on human or constitutional rights are, of course, powerful tools for securing the right to a safe environment. They raise the status of such a right in the hierarchy of legal norms, increases its importance and ensures better legal protection. However, for various reasons (including the omnipresent and diffuse nature of the right sought to be protected, the difficulty of determining its scope and of clearly identifying its creditors and debtors or the disparity of the remedies it calls for), the recognition and enforceability of a fundamental or constitutional right to a safe environment face major hurdles.⁵ Fortunately, human and constitutional rights are not the only available avenue. Legal history shows that the law is also, and possibly even more so, built by small steps⁶.

This is the perspective from which I chose to illustrate the gains made in Canadian domestic law over time through the pressure applied to political authorities and the indirect influence of fundamental rights on administrative law. My comments will be divided into two parts. I will begin by giving an overview of legislative progress, followed by an illustration and analysis of the common law contribution to the making of a right to a safe environment.

2 The statutory basis of environmental rights

In Canada, although there is no express recognition of a right to a safe environment in the constitution, this silence did not prevent Parliament and provincial legislatures from legislating to protect the environment within the purview of their respective legislative powers listed in sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*⁷.

Federal jurisdiction over criminal law, for instance, allows the federal government to legislate to prohibit the release of toxic substances which could present a danger to human life or health⁸. Similarly, on the basis of its jurisdiction over navigation and fisheries, Parliament may regulate pollution from ships and legislate to prohibit discharges into waters of substances that may harm fish.⁹ Provincially, the main source of legislative powers over the environment is the jurisdiction over property and civil rights. This jurisdiction allows the provinces to legislate regarding a wide range of activities taking place on their territory. For example, they may regulate industrial and mining development, land use and the emission of pollutants from local transportation. In addition, the provinces' legislative jurisdiction over municipal institutions allows them to control pollution generated in cities, a power they share with municipalities through the delegation

5 See: Arbour, Trudeau, *supra* note 1 p. 150-166; Benidickson, *supra* note 1, p. 52-56; Maguelonne Déjeant-pons, 'L'insertion du droit de l'homme à un environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme', (1991) 3 *Revue universelle des droits de l'homme* 461, 462; Alexandre Kiss, 'Définition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement', in Pascale Kromarek (dir.), *Environnement et droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1987.

6 Serge Gaudet, 'Le rôle de l'État et les modifications apportées aux principes généraux du droit', (1993) 34 C. de D. 817.

7 *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.V.S. 3.

8 *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

9 *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

of powers granted in various provincial statutes, such as the *Cities and Towns Act*¹⁰, the *Charter of Ville de Montréal*¹¹ and the *Municipal Powers Act*¹².

Most of these framework and sectorial laws acknowledge, using various wording, the environment as an important social issue. In Quebec, for example, the *Environment Quality Act*,¹³ adopted in 1978, provides that: 'Every person has a right to a healthy environment, and to its protection, and to the protection of the living species inhabiting it, to the extent provided for by this Act and the regulations, orders, approvals and authorizations issued under any section of this Act [...]'.¹⁴ Analogous provisions may be found in other Canadian provincial legislation such as the Ontario *Environmental Bill of Rights of 1993*¹⁵.

The effectiveness of the acknowledged rights is ensured through various coercive and non-coercive enforcement mechanisms. For instance, the Quebec *Environment Quality Act* (the 'EQA') establishes various regimes of preventive inspections, inquiries and, in the event of non-compliance with the rules, administrative, civil and penal recourses, including a regime of pecuniary administrative sanctions and a penal liability regime according to which a director or officer may be held personally liable for offences under environmental laws committed by the company he runs¹⁶. Along with these traditional coercive measures, new modes of governance relying on coordination, consent or even self-regulation have been introduced into the *EQA* to help with and encourage voluntary compliance. These new mechanisms often involve the participation of all relevant players, including citizens, private enterprises, government officials, municipalities, etc.¹⁷ The *depollution attestation* regime applicable to classified industrial establishments under the *EQA*, such as pulp mills, provides a good example of such flexible tools¹⁸. This new mode of intervention basically amounts to a form of negotiated self-regulation where the industrial establishment remains under the oversight of the public authority but cooperates with that authority in setting its own obligations and elaborating its own compliance plan.

In short, significant progress has been made in terms of legislative recognition of a right to a safe environment. Several sectorial laws impose a combination of preventive and curative measures to secure compliance through processes in which the relevant players can participate. In addition to these sectorial laws, framework laws such as the *EQA* and the *Sustainable Development Act* also represent an important tool to establish the enabling environment and proper incentives for downstream public authorities and

10 *Cities and Towns Act*, CQLR c C-; c. C-47.1.

11 *Charter of Ville de Montréal* CQLR c C-11.4.

12 *Municipal Powers Act*, CQLR c C-47.1.

13 *Environment Quality Act*, CQLR c Q-2.

14 *Environment Quality Act*, art. 19.1.

15 *Environmental Bill of Rights*, L.O. 1993, c. 28, preamble.

16 *Environment Quality Act*, chapter 1. See also: *Canadian Environmental Protection Act*, 1999, SC 1999, c 33; *Ontario Water Resources Act*, RSO 1990, c O.40 and for an example see: *Regina v. Bata Industries Ltd. et al.* (1993) 14 O.R. (3d) 354.

17 *EQA* art. 6.1, 3, 22, 34, 35. See also, *Ontario Environmental Bill of Rights Ibid.*, art. 7 and 15 and Benedickson, *supra* note 1 p. 64.

18 *EQA*, sections 31.10-31.32.

actors to integrate these considerations within the exercise of their powers.¹⁹ These legislative measures are far from perfect but they go beyond the mere affirmation of rights and give judges grounds to review the conformity of the impugned administrative action and secure the right to a safe environment.

3 The common law contribution to the making and application of environmental rights

In Canada, the proliferation of legal proceedings raising environmental problems has also given rise to certain advances favouring the recognition or strengthening of a fundamental right to a safe environment. Using two examples taken from the jurisprudence, I will illustrate the role played by the courts in this respect. The first example will focus on the indirect integration of international law principles in administrative law and the second will deal with the easing of the *locus standi* rules (standing to sue).

3.1 The indirect integration of international law in administrative law

Legislation is of course very important – it sets the framework and offers a certain level of determinacy and predictability in the outcome of legal disputes. However, given the broad and complex nature of the issues encompassed, environmental legislation is often drafted in broad terms, leaving to the courts and other stakeholders the important task of constructing the law, finding the values which the law reflects and defining its application. Indications of these values may, of course, be found in the purposes of the Act, guidelines and other national instruments, but not exclusively. Although not always unanimous,²⁰ we note an increased trend in the jurisprudence to rely on international law to interpret domestic legislation.

For instance, in the absence of express statutory provisions, international law concepts such as the precautionary principle have occasionally been invoked to support of judicial intervention, in the context of judicial review over administrative action. The Supreme Court of Canada judgment in *114957 Canada Ltee (Spraytech, Societe d'arrosage) v. Hudson (Town)* ('Spraytech')²¹ provides a good illustration of the Court's response.

The facts of the case may be briefly summarized as follows: Spraytech, a landscaping and lawn care company, was charged with having used pesticides in violation of the Town of Hudson's By-law 270 which restricted the use of pesticides for aesthetic purposes to specific locations and for enumerated activities only. Spraytech brought a motion for a declaratory judgment asking the Superior Court to declare By-law 270 *ultra vires* the Town's authority. In that respect, the only relevant provision of the *City and Towns'*

19 In this Act, 'Administration' means the Government, the Conseil exécutif, the Conseil du trésor, all government departments, and government agencies within the meaning of the Auditor General Act (chapter V-5.01). Sustainable Development Act, CQLR c D-8.1.1, art. 1 al. 1, 3 and 6.

20 See *114957 Canada Ltee (Spraytech, Societe d'arrosage) v. Hudson (Town)*, (thereafter *Spraytech*) [2001] 2 S.C.R. 241 (judge LeBel minority opinion). *Baker v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (Judge minority opinion Cory). See also Stéphane Beaulac, 'L'interprétation de la Charte: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international', (2005) 27 S.C.Law Rev. (2d) 1.

21 *Supra* note 20

Act was a general clause stipulating that the council may make bylaws: 'To secure peace, order, good government, health and general welfare in the territory of the municipality'.

In the Supreme Court, the main issue before the court was whether, in the absence of a specific statutory grant of power, the municipality had the authority to regulate the use of pesticides on its territory. Besides the statutory interpretation to be given to the 'general welfare clause', one of the questions raised in that respect was whether the international law precautionary principle might serve in some way to support the municipality's authority to regulate environmental issues.

On that specific question, the Supreme Court judges all agreed on one point: the precautionary principle developed in international law 'does not serve to confer jurisdiction that is otherwise absent.'²² In other words, this external source is not to be viewed, in common law, as an autonomous source of powers for preventive action. Nevertheless, the majority held that in situations such as the instant case, where the regulatory powers delegated to the municipality are drafted in broad terms, the values reflected in the international law precautionary principle may be used as a tool in interpreting domestic legislation.²³

In the end, both the majority and minority judges concluded that the broadly worded 'general welfare' clause gave the Town of Hudson statutory authority to enact its pesticide by-law. In their reasons, the judges observed that whereas such open-ended provisions do not confer an unlimited power on municipalities, it gives them broad discretion to enact by-laws aimed genuinely at furthering goals within the scope of their legislative mandates²⁴. Accordingly, the by-law was, after a strict examination, held to be valid since its true purpose was to minimize the use of allegedly harmful pesticides in order to promote the health of its inhabitants, an objective that fell squarely within the 'general welfare' clause. Moreover, to conclude on the municipality's statutory authority²⁵, the majority added that reading the Act to permit the Town to regulate pesticide use is consistent with international law principles. Therefore, where possible, interpretations that reflect these values and principles are preferred.²⁶

The majority's position in *Spraytech* is far from isolated. On the contrary, a review of the case law shows an increased tendency in the jurisprudence of Canadian courts

22 *Spraytech, supra*, para. 49 and para. 53 (LeBel J.) asserting that the by-law must 'must be closely related to the immediate interests of the community within the territorial limits defined by the legislature in a matter where local governments may usefully intervene.' The same idea is developed by L'Heureux-Dubé J. at para. 20. See also *Imperial Oil Ltd. v. McAfee*, [2005] B.C.J. No. 576, para. 32.

23 *Baker v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, para. 70. As noted by the Court: 'The important role of international human rights law as an aid in interpreting domestic law has also been emphasized in other common law countries'. See, for example, *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), at p. 266; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (S.C. India), at p. 367. It is also a critical influence on the interpretation of the scope of the rights included in the Charter: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

24 *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, para. 20 and para. 53.

25 It is where the majority and minority disagreed. The minority opinion was of the view that an international principle until incorporated into domestic law is irrelevant and may not be used to interpret domestic legislation.

26 *Spraytech*, para. 30 referring to *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994, at p. 330

to rely on international law principles to interpret domestic law²⁷. This opening can be explained in particular by the evolution of legal interpretation techniques, and more specifically by the contextual interpretation approach preferred by the Supreme Court, since international law principles are henceforth part of the context which may be taken into account in statutory interpretation and judicial review.

Despite this opening, legislative assemblies remain, of course, responsible for incorporating treaties ratified by the executive branch into domestic law, which means that international conventions whose provisions have not been incorporated into domestic law by way of implementing legislation are of no force or effect and have no *direct* application in domestic law.²⁸ However, by using international principles as interpretive tools (including those not incorporated into domestic law),²⁹ the majority *indirectly* allows international law to exert an increased influence on both the evolution of Canadian domestic law applicable to environmental matters and the exercise of judicial review over administrative action.

3.2 Easing of the locus standi rules

Like any other action or decision by a public authority under a legal regime or other legal source, decisions regarding the environment made by public authorities (minister, government, etc.) are subject to judicial review. Yet, to be entitled to apply for judicial review, a plaintiff must first meet certain standing requirements. In other words, standing rules restrict access to courts of law by adding a preliminary obstacle to the availability of review.

Common law general standing test

Unlike the United States³⁰, where the source of standing rules is the Constitution, in Canada standing rules stem from the common law. Under the general common law test, to have standing as a right, private plaintiffs must show a personal interest³¹. The standing requirement is generally not an issue where the parties to the dispute can be easily identified and the immediate impact of the decision rendered by the administrative authority is limited to them. Their personal interest in the case is then apparent and is generally not contested. However, the situation is more problematic where actions or decisions by the public administration have broad impacts and affect a large number of people, as is often the case with environmental challenges such as the decision to authorize the exploration or extraction of shale gas, the designation of a site as a garbage dump, the issuance of authorization to operate a hazardous waste disposal site, the construction of a highway across a national park, and the setting up of a wind farm or nuclear power plant.

27 In addition to *Spraytech*, see: *Baker v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213 and Stéphane Beaulac, 'L'interprétation de la Charte: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international', (2005) 27 S.C.Law Rev. (2d) 1.

28 *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141

29 *Baker v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

30 The Constitution of the United States, article III.

31 *Association des Propriétaires des Jardins Taché Inc. et al v. Entreprises Dasken Inc. et al.*, [1974] R.C.S. 2; *Office canadien de commercialisation des œufs v. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157.

Under traditional standing rules, citizens or interest groups who do not qualify for standing under the general common law test may ask the Attorney General to authorize 'relator proceedings' to be brought in his name. However, a refusal by the Attorney General is not reviewable in court. This means not only that citizens will be denied access to courts but also that the validity of the impugned acts or decisions might be altogether immune from judicial review. Sensitive to this reality and, as more lawsuits were being brought by citizens or interest groups who did not qualify for standing, courts hesitated to apply the traditional rules. Eventually, the Supreme Court added a new criteria for public interest standing to the existing standard³². It follows that the general standing rule has not been abandoned. Still now, only individuals whose personal interests have been adversely affected have standing as of right. However, individuals or groups who do not qualify may ask to be granted public interest standing.

Public interest standing

The new public interest standing, developed by the Supreme Court of Canada in the 1970s and 1980s, gives the court discretionary power to grant standing to citizens or groups who do not qualify under the personal interest test.

To guide the exercise of this discretion, the Supreme Court has designed a threefold test. The criteria are as follows: first, a serious issue must be raised as to the invalidity of legislation or administrative action; second, the applicant must have a genuine interest in the validity of the legislation or administrative action; and third, the proposed suit must, in all circumstances, be a reasonable and effective means of bringing the matter before the court.³³ Initially developed to challenge legislation on constitutional grounds,³⁴ the application of the new public interest standing test was later extended to challenges of the legality of administrative actions³⁵.

As explained by the Supreme Court, the three criteria are to be weighed and assessed in a flexible and purposive manner in light of the circumstances of the case.³⁶ The first criteria (serious issue) means that the judicial review proceeding must not be premature, it must be of some importance (to screen out frivolous claims) and it must have some chance of success on the merits. It is also intended to screen out issues not appropriate for determination by the courts (non justiciable issues). Under that criteria, issues of ultra vires or alleged violations of statutes or constitutional rights are easily held to be justiciable.

32 *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada v. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at pp. 631-34; *Conseil canadien des Églises v. R.*, [1992] 1 R.C.S. 236 *Conseil canadien des églises; Conseil du Patronat du Québec v. P.G. du Québec*, (1988) R.J.Q. 1516 (C.A.); confirmed [1991] 3 S.C.R. 685; *Canada (Procureur général) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, para. 25.

33 As reformulated in *Canada (Procureur général) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, para. 52.

34 *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. Mc Neil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada v. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

35 *Ministre des Finances du Canada et al. v. Finlay*, [1986] 2 R.C.S. 607.

36 *Canada (Procureur général) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, par 52ss. See also Donald J.M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, CanvasBack Publishing, 1998, p. 4-9 to 4-52.

The second criteria (genuine interest) is not as demanding as personal interest. The requirement serves to identify individuals and groups who are likely to contribute to the process on the basis of their expertise, concern or involvement in the issue that is being challenged. The past record or history of involvement of a group in a case is thus taken into account for the purpose of granting standing. The genuine interest test, as opposed to the special interest test, does not require that the plaintiff's interest in the case be different from the interest of others. This easing is particularly useful to allow public interest groups to initiate lawsuits to protect parks, rivers or threatened wildlife.

The third requirement (reasonable and effective means of bringing the matter before the court) is to be assessed with flexibility, in light of realistic alternatives in all circumstances. Among other things, the court may consider the plaintiff's capacity to bring forward a claim. It may also consider 'whether the case is of public interest in the sense that it transcends the interests of those most directly affected by the challenged law or action', 'whether there are realistic alternative means which would favour a more efficient and effective use of judicial resources and would present a context more suitable for adversarial determination', and 'the potential impact of the proceedings on the rights of others who are equally or more directly affected should be taken into account'³⁷.

Despite its discretionary nature, the new common law public interest standing strongly enhances access to judicial review for citizens and public interest groups. It has been granted in numerous environmental cases³⁸, even in cases as far-reaching as the *Operation Dismantle* case³⁹, where an executive order authorizing cruise missile testing in Canada was challenged⁴⁰.

Moreover, by broadening court access to people or groups who have no personal interest in the outcome, public interest standing brings to the judicial debate issues that could not have been brought otherwise, except by the Attorney General (who, as a member of the government whose decision or policy is challenged, might be unlikely to take action). Thus, the new common law public interest standing has an impact not only on access to courts but also on the court's own power in the making and enforcement of environmental rights.

4 Conclusion

Environmental protection has become a fundamental value in Canadian society. This fact is recognized in legislative texts which, by various complementary means, both old and new, regulate conduct, impose prohibitions, make players accountable and increasingly associate them with the protection of the environment. This social value is also strongly recognized in the jurisprudence and, through measures such as the public in-

37 *Canada (Procureur général) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, para. 51.

38 See *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Hy and Zel's inc. v. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Energy Probe v. Canada (Attorney general)*, 1994 CanLII 7247 (Ont. S.C.); *Energy Probe v. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, (1984) 2 F.C. 227; *Danson v. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Mines Alert Canada v. Canada (Pêches et Océans)*, [2010] 1 R.C.S. 6.

39 *Operation Dismantle Inc. v. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441.

40 Although the Court decided that the group could be heard in court, in the end their claim was rejected on the basis that there was no ground for review and no evidence to support their arguments.

terest standing and the indirect integration in administrative law of fundamental rights and international principles, Canadian courts are helping to strengthen and harmonize the right to a safe environment. Much work remains to be done to better define and harmonize the right to a safe environment on a broader scale, but these small steps toward the legal protection of the environment are a move in the right direction.

11 Het einde van de ‘*Boxtel*-paradox’ (en nog veel meer)?

Jan Jans

1 Inleiding

Een van de meest bekritiseerde toepassingen van Unierecht door de Afdeling bestuursrechtspraak staat bekend als de ‘*Boxtel*-paradox’. In het kort komt het erop neer dat wanneer een derde-belanghebbende bij de betwisting van een beschikking een beroep doet op een rechtstreeks werkende bepaling uit een EU-richtlijn, deze beschikking door de Afdeling zal worden vernietigd. Echter, wanneer een bestuursorgaan bij het nemen van een beschikking ditzelfde rechtstreeks werkende Unierecht ambtshalve toepast, kan de direct-belanghebbende met succes bij de Afdeling komen klagen dat hier sprake is van een ongeoorloofde toepassing van Unierecht. Immers, zo de Afdeling, een richtlijn kan uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen opleggen en kan als zodanig niet tegenover een particulier worden ingeroepen.¹

Een recente, ogenschijnlijk niet bijster interessante, en enige tijd onopgemerkt gebleven uitspraak van het Hof van Justitie EU lijkt echter met zich mee te brengen dat de critici van de Afdeling hun gelijk hebben gekregen.² En dat de Afdeling haar *Boxtel*-doctrine zal moeten bijstellen.

2 De Unierechtelijke parameters

Voordat we nader ingaan op zowel de *Boxtel*-doctrine als de recente uitspraak van het Hof van Justitie, is het verstandig om eerst even de Unierechtelijke parameters van het probleem in het kort te schetsen. Twee Unierechtelijke leerstukken staan daarbij centraal: enerzijds de zgn. ‘*Costanzo*-verplichting’ en anderzijds het verbod van ‘inverse direct effect’.

1 ABRvS 7 december 2005, AB 2006/67, *M en R* 2006/2, nr. 19.

2 Zaak C-244/12, *Salzburger Flughafen*, *M en R* 2013/9, nr. 123, m.nt. Jesse & Jans, AB 2014/45, m.nt. Widdershoven.

2.1 De Costanzo-verplichting

Bij de *Costanzo*-verplichting³ gaat het om de in het bestuursrecht veel voorkomende situatie van een direct-belanghebbende en een derde-belanghebbende met tegengestelde belangen. De consequentie van een 'driehoeksverhouding' is dat wanneer een derde-belanghebbende een beroep toekomt op het Unierecht, dit uiteindelijk ten koste kan gaan van de rechtspositie van de direct-belanghebbende. In die zin heeft het inroepen van de rechtstreekse werking in de verhouding derde-belanghebbende/bestuursorgaan negatieve effecten voor de direct-belanghebbende. Een korte weergave van de feiten in de *Costanzo*-zaak kan een en ander verduidelijken.

Bij de openbare aanbesteding van de werkzaamheden ten behoeve van de gemeente Milaan (verbouwing van het San Siro-voetbalstadion) werd door de gemeentelijke overheid in strijd gehandeld met enkele verplichtingen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. De concurrent van de aannemer aan wie de werken werd gegund startte voor de bevoegde Italiaanse rechter een juridische procedure tegen de gemeente Milaan en deed daarbij een beroep op de richtlijn. Het Hof concludeerde dat Fratelli Costanzo zich voor de gemeente Milaan op de naleving van de procedurevoorschriften uit de Aanbestedingsrichtlijn kon beroepen. De inmiddels klassieke rechtsoverweging luidt dat 'alle overheidsinstanties, de gedecentraliseerde instanties zoals de gemeenten daaronder begrepen', gehouden zijn rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen toe te passen. Met andere woorden, bestuursorganen hebben op grond van het Unierecht een zelfstandige verplichting, ongeacht het vigerende nationale recht, tot toepassing van het rechtstreeks werkende Unierecht.

2.2 Het verbod van 'inverse direct effect'⁴

De nadelige effecten voor de direct-belanghebbende in *Fratelli Costanzo* deed vervolgens de vraag rijzen hoe een en ander zich verhoudt tot de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie 'dat een nationale overheid zich niet ten laste van een particulier op een bepaling van een richtlijn kan beroepen, ten aanzien waarvan de noodzakelijke omzetting in nationaal recht nog niet heeft plaatsgevonden'.⁵

Het verbod van 'inverse direct effect' is in wezen nauw verwant aan het verbod van horizontale werking van richtlijnen.⁶ Als uitvloeisel van de rechtspraak van het Hof van Justitie dat richtlijnen bij gebreke van nationale uitvoeringswetgeving als zodanig geen verplichtingen voor particulieren met zich mee kunnen brengen en in die zin geen horizontale werking bezitten, is het logisch dat omgekeerde verticale rechtstreekse werking evenmin geoorloofd is. In de zaak *Wells* gaat het Hof van Justitie nader in op het

3 Haar benaming is ontleend aan zaak 103/88, *Fratelli Costanzo*. Zie uitputtend M.J.M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The obligation of national administrative authorities in case of incompatibility between national law and European Law*, Intersentia 2011; M.J.M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR-reeks 8), Den Haag: BJu 2010, p. 15-61.

4 Ook wel aangeduid met 'omgekeerd verticale rechtstreekse werking'. Het begrip 'inverse direct effect' komt uit zaak C-201/02, *Wells*, r.o. 55.

5 Zaak 80/86, *Kolpinghuis*.

6 Zaak C-91/92, *Faccini Dori*.

spanningsveld tussen de *Costanzo*-verplichting en het verbod van omgekeerde verticale rechtstreekse werking. Ook hier, eerst de feiten.

Mw. Wells stelde als derde-belanghebbende beroep in bij de Britse rechter tegen de verlening van een nieuwe vergunning voor mijnexploitatie (van een steengroeve bij haar in de buurt), zonder dat die vergunning aan een milieu-effectrapportage was onderworpen. Alhoewel in *Costanzo*⁷ daarvoor reeds de nodige aanwijzingen konden worden gevonden, is *Wells* de eerste uitspraak waarin het Hof expliciet aanvaardt dat 'loutere negatieve gevolgen voor de rechten van derden [...] geen rechtvaardiging [zijn] om een particulier het recht te ontfangen zich ten aanzien van de betrokken lidstaat te beroepen op de bepalingen van een richtlijn'. Die negatieve gevolgen zijn immers, aldus het Hof in r.o. 58, 'niet rechtstreeks verbonden' met de uitvoering van een verplichting die de richtlijn op de eigenaren van deze steengroeve legt. De gevolgen voor de direct-belanghebbende vergunninghouder zijn het resultaat van 'de laatijdige uitvoering van de verplichtingen van de betrokken Staat'. Of anders gezegd: de gevolgen voor de direct-belanghebbende moeten worden beschouwd als uitvloeisel van de rechten die de derde op grond van de richtlijn ten opzichte van de overheid heeft gekregen. De nadelige gevolgen van de rechtstreekse werking voor de direct-belanghebbende vloeien dan ook niet voort uit de richtlijn, maar uit het feit dat de overheid haar verplichtingen op grond van de richtlijn niet is nagekomen.

De redenering van het Hof van Justitie in *Wells* geeft precies aan hoe de vork in de steel zit. Wanneer een derde-belanghebbende een beroep doet ten opzichte van de overheid op een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging, wordt in wezen niet meer gevraagd dan dat de overheid zich houdt aan haar verplichtingen. De consequenties voor de direct-belanghebbende zijn dan ook te beschouwen als de noodzakelijke gevolgen van het feit dat de overheid zich niet aan haar verplichtingen heeft gehouden. Uit de richtlijn *zelf* vloeien voor hem geen rechtsgevolgen voort.

3 De Boxtel-doctrine

De *Boxtel*-doctrine ontleent haar naam aan een uitspraak van de Afdeling uit 2005.⁸ Echter, het begin van deze doctrine ligt in 2003, bij een tweetal dezelfde dag gewezen uitspraken van de Afdeling over het al dan niet verlenen van tijdelijke vergunningen in relatie met richtlijn 76/464.⁹ Deze richtlijn verplicht de lidstaten om bepaalde vergunningen slechts voor een tijdelijke duur te verlenen; de toenmalige Nederlandse wetgeving maakte slechts vergunningverlening voor onbepaalde tijd mogelijk. In de ene uitspraak werd, op verzoek van een derde-belanghebbende, een vergunning voor onbepaalde tijd vernietigd wegens strijd met de richtlijn. Terwijl in de andere uitspraak, waarbij de aanvrager van een vergunning voor onbepaalde tijd in beroep was gegaan tegen een tijdelijke vergunning, de vergunning werd vernietigd met de overweging:

'De mogelijkheid om een beroep te doen op een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling van een niet-omgezette richtlijnbevestiging bestaat slechts voor particulieren ten aanzien van 'elke lid-staat waarvoor zij bestemd is'. Hieruit volgt dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan een particulier kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn niet

7 En ook bijvoorbeeld in zaak C-72/95, *Kraaijeveld*.

8 ABRvS 7 december 2005, AB 2006/67, *M en R* 2006/2, nr. 19.

9 ABRvS 23 oktober 2002, *M en R* 2003/1, nrs. 4 en 5, m.nt. Van Rijswijk & Widdershoven onder nr. 5), AB 2002/418, m.nt. Backes.

als zodanig door de overheid tegenover een particulier kan worden ingeroepen. Omdat in het onderhavige geval niet door een particulier een beroep is gedaan op de richtlijnbevestiging kan van rechtstreekse werking in vorenbedoelde zin geen sprake zijn en kon de voor appellante bezwarende bepaling niet door verweerder jegens haar worden ingeroepen.'

Het duurde tot 2005 dat de Afdeling in de *Boxtel*-zaak deze in 2003 ingezette lijn bevestigde. In die zaak had het college van burgemeesters en wethouders van Boxtel een milieuvergunning geweigerd voor een varkens- en rundveehouderij. De weigering was ingegeven door de toename van de ammoniakdepositie op een 'Habitatrichtlijngebied'. Met andere woorden, om te voorkomen dat door vergunningverlening in strijd zou worden gehandeld met de Habitatrichtlijn, voelden burgemeesters en wethouders zich genoodzaakt de vergunning te weigeren. Echter, de Wet ammoniak en veehouderij (Wav) bepaalt dat het bevoegd gezag bij beslissingen inzake de milieuvergunning voor de oprichting of verandering van een veehouderij de gevolgen van ammoniakemissie uit de tot de veehouderij behorende dierverblijven uitsluitend bepaalt op de bij de Wav voorziene wijze. In deze zaak was duidelijk dat het stelsel van de Wav geen ruimte bood de gevraagde vergunning te weigeren. Met betrekking tot de vraag of de weigering dan niet kan worden gebaseerd op de Habitatrichtlijn overweegt de Afdeling:

'Gelet op de bewoordingen van de Wav was het ook niet mogelijk de Wav te interpreteren in het licht van de bewoordingen en doel van artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn en die interpretatie aan het bestreden besluit ten grondslag te leggen. Verweerder kon artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn evenmin rechtstreeks tegenover appellant invoeren als grond om de gevraagde vergunning te weigeren, in aanmerking genomen dat in dit geval geen particulier daarom heeft verzocht. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen [...]. Het rechtszekerheidsbeginsel verzet zich hiertegen.'

De uitspraken maken duidelijk in welke spagaat een bestuursorgaan komt wanneer, in een meerpartijensituatie, een beschikking die weliswaar in overeenstemming is met het nationale recht, in strijd komt met een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging. Wanneer een derde-belanghebbende voor de bestuursrechter er een beroep op doet, dan zal de beschikking vernietigd worden. Het pro-actieve bestuursorgaan die 'nat gaan' voor de rechter wil verhinderen en 'dus' dan maar liever het rechtstreeks werkende Unierecht in de bestuurlijke fase toepast, wordt afgestraft wanneer de direct-belanghebbende vergunninghouder beklag doet bij de bestuursrechter. Of zoals ze in Garnwerd zouden zeggen: *'t is nait goud of t deugt nait'*.

4 Salzburger Flughafen en het einde van de spagaat (en nog meer)?

En dan die ogenschijnlijk niet bijster interessante uitspraak van het Hof van Justitie, die mogelijk een einde maakt aan de *Boxtel*-doctrine. Voor een goed begrip is het van belang om eerst de feiten goed op het netvlies te krijgen. De feiten zijn als volgt.

Salzburger Flughafen is de exploitant van de luchthaven van Salzburg. Deze heeft een start- en landingsbaan van meer dan 2100 meter heeft. In 2002 werd door Salzburger Flughafen een bouwvergunning aangevraagd voor een nieuwe terminal. Bij besluit van 2 april 2003 werd deze vergunning door de *Landeshauptfrau von Salzburg*, het be-

voegde Oostenrijkse bestuursorgaan, verleend. Deze terminal is inmiddels gebouwd en in gebruik. In 2004 werden door Salzburger Flughafen nieuwe verzoeken ingediend tot uitbreiding van de luchthaveninfrastructuur: nieuwe bijgebouwen, opbergloodsen, uitbreiding van parkeerterreinen en vliegtuigplatformen. Ook werd toestemming gevraagd voor uitbreidingen buiten het terrein van de luchthaven en het wijzigen van taxibanen. Met betrekking tot deze laatste uitbreidingen verzocht de *Landesumweltanwaltschaft Salzburg* (een lokaal bestuursorgaan met bevoegdheden op het terrein van milieubescherming) het bevoegde gezag *Amt der Salzburger Landesregierung* vast te stellen dat een milieueffectbeoordeling was vereist. Nadat dit verzoek was afgewezen werd door de *Landesumweltanwaltschaft Salzburg* tegen dit besluit bij de *Umweltsenat* (een beroepsinstantie) beroep ingesteld. De *Umweltsenat* oordeelde dat EU-richtlijn 85/337 rechtstreeks moest worden toegepast en dat inderdaad een milieu-effectrapportage noodzakelijk is. Zulks op grond dat de wijzigingen van de luchthaveninfrastructuur met name door de aard, de omvang en de kenmerken ervan kunnen worden beschouwd als een wijziging van de luchthaven zelf, die de activiteit van de luchthaven en het luchtverkeer kunnen doen toenemen. Tegen dit besluit heeft Salzburger Flughafen beroep ingesteld bij het *Verwaltungsgerichtshof*, de hoogste bestuursrechter in Oostenrijk. Deze stelde vervolgens enkele prejudiciële vragen over de mogelijke rechtstreekse werking van de richtlijn.

Nadat het Hof van Justitie had vastgesteld dat de gewraakte uitbreidingen inderdaad m.e.r.-plichtig waren en dat de Oostenrijkse implementatiewetgeving op dit punt ontoereikend was,¹⁰ moest het Hof vervolgens de voor ons veel interessantere vraag beantwoorden: en wat nu...? Moeten de bevoegde nationale autoriteiten van de lidstaat in dat geval verzekeren dat eerst wordt onderzocht of de betrokken projecten een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben en, indien dat het geval is, vervolgens verzekeren dat een milieueffectbeoordeling wordt uitgevoerd?

Onder verwijzing naar de *Kraaijeveld*-zaak¹¹ beantwoordt het Hof deze vragen bevestigend. Zowel de Oostenrijkse regering als Salzburger Flughafen had dit echter betwist met een beroep op het *Wells*-arrest. Volgens hen vloeit uit *Wells* voort dat het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen verzet dat een onjuiste omzetting van de richtlijn wordt ingeroepen als die onjuiste omzetting een verplichting van de staat betreft die rechtstreeks verbonden is met de uitvoering van een andere, krachtens deze richtlijn op een derde rustende verplichting. In *Salzburger Flughafen* oordeelt het Hof dat indien wordt vastgesteld dat een milieueffectbeoordeling noodzakelijk is, Salzburger Flughafen als gebruiker van de betrokken terreinen de gevolgen van een dergelijke beslissing moet dragen. Let wel, het gaat in deze zaak om een situatie waar het nationale recht geen milieu-effectrapportage-plicht kent en waar het Hof tot het oordeel komt dat het bevoegde bestuursorgaan desalniettemin verplicht is om de rechtstreeks werkende richtlijn bepaling toe te passen en ervoor dient te zorgen dat zo nodig een milieueffectbeoordeling wordt uitgevoerd. Of hiermee definitief een einde is gekomen aan de *Boxtel*-doctrine? Het lijkt er wel op, alhoewel met Widdershoven kan worden toegegeven dat de specifieke Oostenrijkse casuspositie en met name de positie van de 'derde', de *Landesumweltanwaltschaft Salzburg*, een extrapolatie naar de Nederlandse situatie moeilijk maakt. In

10 In technische zin ging het om de vraag of de Oostenrijkse drempelwaarden wel strookten met art. 2 lid 1 jo. art. 4 lid 3 van de richtlijn.

11 Zaak C-72/95, *Kraaijeveld*.

elk geval lijkt het mij uitgesloten dat de Afdeling tot continuering van haar rechtspraak kan besluiten zonder hierover prejudiciële vragen te stellen.¹²

Kortom, in *Wells*, en nu ondersteund door *Salzburger Flughafen*, zijn aanknopingspunten te vinden voor de conclusie dat negatieve gevolgen voor een individu van het buiten toepassing laten van een te beperkt nationaal wetgevingskader niet kunnen worden beschouwd als een verboden vorm van 'inverse direct effect'. Uit *Wells* en *Salzburger Flughafen* kan naar mijn opvatting worden afgeleid dat het Hof pas problemen heeft met de horizontale effecten van niet correct geïmplementeerde richtlijnbepalingen en eventuele negatieve effecten voor particulieren, als het gaat om richtlijnbepalingen die beogen verplichtingen voor particulieren in het leven te roepen¹³ en niet wanneer het gaat om richtlijnbepalingen die juist verplichtingen van de overheid betreffen (zoals hier het geval is).

5 En nog veel meer?

Ten slotte kan de vraag worden opgeworpen of deze uitspraak nog verder reikende consequenties heeft. Een van de meest heikele vragen betreffende de doorwerking van Unierichtlijnen in de nationale rechtsorde betreft de vraag in hoeverre een Unierichtlijn zelfstandig een voldoende rechtsgrondslag biedt voor besluiten van nationale bestuursorganen. Deze vraag raakt de kern van het legaliteitsbeginsel.

In de Nederlandse literatuur staat daarbij het begrip 'dubbele bevoegdheidsgrondslag' centraal.¹⁴ Daarmee wordt bedoeld dat weliswaar de *materiële* grondslag voor de toe te passen normen in het Europees recht kan worden gevonden, maar dat de verlening van de bevoegdheid om die Europese norm ook daadwerkelijk toe te passen verloopt via het nationale recht. Of anders gezegd: materieel is de grondslag Europeesrechtelijk, *institutioneel* is deze nationaalrechtelijk. In de Nederlandse literatuur lijkt er consensus te zijn dat zolang de institutionele nationaalrechtelijke grondslag gewaarborgd is en voor zover deze op een nationale wettelijke basis berust er, vanuit het legaliteitsbeginsel bezien, geen problemen zijn. In *Salzburger Flughafen* is de institutionele grondslag gebrekkig. Immers, het bevoegde Oostenrijkse bestuursorgaan beschikt door de gebrekkige implementatie over beperktere bevoegdheden dan die welke nodig zouden zijn om gevolg te geven aan het Europees recht.

In *Salzburger Flughafen* stelt het Hof van Justitie dat het nationale bestuursorgaan in casu *verplicht* was om het rechtstreeks werkende Unierecht toe te passen. Maar een *verplichting* creëert niet noodzakelijkerwijs ook een *bevoegdheid* naar nationaal recht om aan deze verplichting tegemoet te komen.¹⁵ Zoals gezegd, in de situatie van *Salzburger*

12 Vgl. ook R.J.G.M. Widdershoven, 'Back to the future: de Europese Unie en het algemeen Bestuursrecht', *JBplus* 2012/2, p. 195-213, i.h.b. p. 198-199.

13 In J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 2011, p. 88 wordt als mogelijk voorbeeld genoemd de artikelen 5-7 uit de Milieu-aansprakelijkheidsrichtlijn ter zake van allerlei verplichtingen voor particulieren om te voorkomen dat hun activiteiten milieuschade veroorzaken en, als ondanks het nemen van preventieve maatregelen er toch milieuschade ontstaat, maatregelen tot herstel te nemen.

14 J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 2011, p. 21.

15 Zie over dit vraagstuk in meer algemene zin K.J. de Graaf & J.H. Jans, 'Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz', *NTer* 2004, p. 98-102.

Flughafen was er op grond van het nationale recht geen grondslag voor het Oostenrijkse bestuursorgaan om een milieueffectbeoordeling te verlangen, doch het bestuursorgaan is daartoe op grond van het Unierecht wel verplicht. Het lijkt erop dat het Hof van Justitie, min of meer impliciet, er vanuit gaat dat de Unierechtelijke verplichting een nationaalrechtelijke bevoegdheid impliceert. Als deze interpretatie juist is, dan wordt hier niet alleen een belangrijke inperking gegeven aan het verbod van 'inverse direct effect', maar wordt een nieuwe en principiële stap gezet in het Europees bestuursrecht. En daarmee worden de consequenties van de invloed van het Unierecht tot in het hart van het Nederlandse bestuursrecht zichtbaar en voelbaar.

Deel II

Publiek- en privaatrecht

12 Het belang van interne rechtsvergelijking

Dick Lubach's verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht

Michiel Scheltema

1 Inleiding

Het grensgebied tussen publiekrecht en privaatrecht speelt een centrale rol in het wetenschappelijke werk van Dick Lubach. Zijn proefschrift *Beleidsovereenkomsten*¹ ging over de verhouding tussen beide rechtsgebieden. Zijn leeropdracht bouwrecht en zijn intensieve betrokkenheid bij het Instituut voor Bouwrecht brachten hem in een rechtsgebied dat publiekrecht en privaatrecht omvat.

Het verwondert dan ook niet dat juist hem werd gevraagd om veertig jaar na het verschijnen ervan, het beroemde stuk *De magische lijn: verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht* van Van der Hoeven te herijken. Hij schreef die beschouwing, *De magische lijn 40 jaar later*² samen met zijn zoon Rense. Daarin werd de actualiteit van het stuk van Van der Hoeven uit 1970 voor het recht van vier decennia later onderzocht. De conclusie was dat die actualiteit er nog steeds heel duidelijk was, al waren de denkbeelden van Van der Hoeven wel enigszins geëvolueerd.

Datzelfde is te zeggen van de beschouwingen van Dick Lubach over beleidsovereenkomsten in zijn proefschrift. Wanneer men dit na ruim dertig jaar nog eens doorleest, ziet men hoe modern het is. Dick Lubach geeft een behandeling van de beleidsovereenkomst die hem op een logische en dwingende manier leidt tot conclusies die de literatuur en de jurisprudentie in die tijd nog niet hadden getrokken. Integendeel, dat veel van wat hij naar voren brengt tegenwoordig breder wordt aanvaard, zal voor een aanzienlijk deel aan zijn beschouwingen te danken zijn.

Daarbij denk ik allereerst aan de manier waarop hij de overeenkomst situeert in de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht. Hij verzet zich tegen de 'vereenzelviging' van de overeenkomst met de privaatrechtelijke overeenkomst. 'Essentieel is', zo schrijft hij, 'het inzicht dat de overeenkomst een algemeen rechtelijke rechtsfiguur is die zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht betekenis kan hebben en ook heeft'.³ Indertijd werd daar doorgaans geheel anders over gedacht. De overeenkomst was in het Burgerlijk Wetboek geregeld en werd daarom als een privaatrechtelijke rechtsfiguur

1 D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten. Een onderzoek naar juridische aspecten van het gebruik van de overeenkomst als beleidsinstrument door de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982.

2 D.A. Lubach & R.D. Lubach, 'De "magische lijn" 40 jaar later', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Publiek/privaat: vervlechten of ontvlechten? Handelingen van het oprichtingscongres van het Netherlands Institute for Law and Governance 2009* (NILG-congresbundel), Antwerpen: Intersentia 2010, p. 41-52.

3 Lubach, diss., p. 273.

beschouwd. Dat paste goed bij de ‘gemene rechtsleer’ die indertijd nog vele aanhangers had.

2 Gemeenschappelijk recht

In de eerder genoemde bijdrage van Dick en Rense Lubach constateren zij dat ‘de leer van het gemeenschappelijk recht’ nu de heersende leer is.⁴ Dat is nu juist de opvatting dat er rechtsbeginselen en rechtsfiguren zijn die gemeenschappelijk zijn aan publiekrecht en privaatrecht, geheel zoals in het proefschrift voor de overeenkomst was betoogd. Indien men deze leer als ‘heersend’ mag beschouwen – die kwalificatie zie ik vaker in bestuursrechtelijke literatuur dan in privaatrechtelijke – dan is daarmee aanvaard wat in het proefschrift werd verdedigd. Het tekent de bescheidenheid van Dick Lubach dat in de beschouwing met zijn zoon geen enkele verwijzing naar het eigen proefschrift te vinden is.⁵

Een belangrijke consequentie van zijn benadering was dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op overeenkomsten met de overheid. Dat was naar zijn mening vooral van belang in verband met precontractuele verhoudingen. De grote vrijheid die naar toenmalig inzicht aan private partijen toekwam om te weigeren een contract te sluiten, kon aan de overheid niet toekomen. De beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, staan daaraan in de weg. Vijf jaar na de verdediging van het proefschrift wijst de Hoge Raad het IKON-arrest.⁶ Daarin wordt uitgesproken dat de overheid ook bij het uitoefenen van haar bevoegdheden in het kader van een privaatrechtelijke overeenkomst – het ging hier om een erfpachtovereenkomst – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht behoort te nemen. Dat die beginselen ook in privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid gelden, werd daardoor geldend recht. In een later arrest wordt nog duidelijker gesteld dat die beginselen niet alleen van toepassing zijn bij de uitvoering van de overeenkomst, maar ook bij het tot stand komen ervan. Dan wordt de stellingname op dit punt heel algemeen tot geldend recht gemaakt in de overweging dat ‘de overheid bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten, de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen’.⁷

Dick Lubach constateert in zijn proefschrift dat het privaatrecht op het punt van contractweigering niet veel te bieden heeft. Dat is enigszins anders wanneer het gaat om de gevolgen van hetgeen in de precontractuele fase is geschied: het afbreken van lopende onderhandelingen kan onder omstandigheden in het privaatrecht als onrechtmatig worden gezien, en ook consequenties hebben. Die consequenties betreffen dan doorgaans schadevergoeding. Maar bij contractweigering kan het gaan om iets anders: de weigering om een overeenkomst aan te gaan. De contractsvrijheid die het privaatrecht kenmerkt, strijdt met de gedachte dat iemand in sommige situaties verplicht is met een ander een overeenkomst te sluiten.

4 D.A. Lubach & R.D. Lubach a.w. 2010, p. 46.

5 Een alternatieve verklaring zou zijn dat hij niet altijd al zijn publicaties direct kan vinden, zodat verwijzen moeilijk is. Maar onvindbaarheid van het eigen proefschrift is niet te veronderstellen.

6 HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727, m.nt. Scheltema, *AB* 1987/273, m.nt. Van der Burg.

7 HR 26 april 1996, *NJ* 1996/728, m.nt. Alkema, *AB* 1996/372, m.nt. Drupsteen.

Dat is, zo wordt in het proefschrift betoogd, anders in het bestuursrecht. Het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel brengen met zich mee dat de overheid onder omstandigheden verplicht kan zijn een bepaald contract met een bepaalde tegenpartij te sluiten.⁸ Hier moeten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol spelen om tot goede resultaten te komen.

Inmiddels is er in het privaatrecht ook sprake van een ontwikkeling. Ten tijde van het verschijnen van het proefschrift schreven privatisten als Spier en Stolker inderdaad dat het gewone privaatrecht het gelijkheidsbeginsel niet kent.⁹ Inmiddels is die stelling te ongenueanceerd geworden. Dat valt allereerst te constateren voor het bouwrecht, het terrein waar Dick een grote bijdrage heeft geleverd, en waarover ook de publicatie van Spier en Stolker ging. Het gelijkheidsbeginsel speelt daar in de eerste plaats bij aanbestedingen door de overheid. Dit is in overeenstemming met de gedachte dat publiekrechtelijke beginselen doorwerken indien de overheid gebruik maakt van het privaatrecht. Overigens is het in belangrijke mate de invloed van het Europese recht die tot deze andere benadering van het aanbesteden door de overheid heeft geleid. Dat hangt samen met het belang van voldoende mededingen bij overheidsopdrachten op de interne Europese markt. Misschien is daarbij toch ook van belang geweest dat het aanbesteden door de overheid in verschillende landen, zoals in Frankrijk, door het bestuursrecht wordt geregeerd.

De ontwikkeling in het privaatrecht betreft overigens al lang niet meer alleen gevallen waarin de overheid een contractspartij is. In 2005 verscheen het proefschrift *Contractdwang* van Houben.¹⁰ Hoewel in dat proefschrift nog steeds tot uitgangspunt is genomen dat de contractsvrijheid voorop staat, behandelt het omvangrijke proefschrift een veelheid van gevallen waarin dat niet het geval is. Het gaat daarbij om private partijen die in bepaalde omstandigheden verplicht zijn om een overeenkomst aan te gaan. Soms vloeit dat uit publiekrechtelijke wetgeving voort, zoals bij universele dienstverlening die aan exploitanten van netwerken wordt voorgeschreven. Hier kan nog een verband worden gelegd met het feit dat de overheid vroeger het exploiteren van die netwerken zelf tot haar taak rekende. Maar meer in het algemeen geldt dat vanuit een mededingingsperspectief kan voortvloeien dat een partij die een machtige positie inneemt, verplicht kan zijn tot contracteren.

Van een ander karakter zijn de gevallen waarin een private partij, zonder dat die enige machtspositie inneemt, gedwongen kan zijn een overeenkomst te sluiten. Houben gaat ook in op de positie van horecaondernemers. Die mogen bezoekers niet zonder goede reden weigeren. Dit zou voortvloeien uit het feit dat zij geacht worden een openbaar aanbod te hebben gedaan.¹¹

In deze gevallen ontstaat wel een situatie die gelijkenis vertoont met de positie waarin de overheid verkeert. Die beschikt in veel gevallen over een machtspositie, en is ook los daarvan gehouden haar burgers op gelijke wijze te behandelen.

Terwijl Dick Lubach in zijn proefschrift veelvuldig naar privaatrechtelijke leerstukken heeft gekeken, is het omgekeerde bij Houben niet het geval. Zij besteedt geen enkele aandacht aan het bestuursrecht, terwijl daarin toch aanknopingspunten gevonden kun-

8 Lubach, diss., p. 129.

9 J. Spier & C.J.M.M. Stolker, 'De rol van het gelijkheidsbeginsel bij het aangaan van rechtshandelingen door de overheid met betrekking tot onroerend goed', *BR* 1981, p. 315.

10 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005.

11 Houben a.w. 2005, p. 236 ev.

nen worden voor het hanteren van het gelijkheidsbeginsel. Mijn verwachting is dat er een toenemende behoefte zal ontstaan om verworvenheden van het bestuursrecht te betrekken bij het leerstuk van de contractweigering in het privaatrecht. Daarvoor zijn verschillende argumenten te geven.

Allereerst het aanbestedingsrecht. Zoals gezegd heeft Europa hier een belangrijke invloed. Omdat in nogal wat Europese landen aanbesteding door de overheid als onderdeel van het bestuursrecht wordt gezien, ligt het voor de hand dat vanuit die landen bestuursrechtelijke achtergronden bij de verdere ontwikkeling van het aanbestedingsrecht blijven meespelen. Goed begrip van het bestuursrecht is dan voor het volgen van de Europese ontwikkelingen van belang. Te verwachten valt dat ook bij aanbestedingen door private partijen enkele uitgangspunten uit het aanbestedingsrecht voor overheden zullen doordringen.

Daarnaast zijn er verschillende privaatrechtelijke organisaties die taken uitvoeren waarbij het publieke belang een duidelijke rol speelt. Een voorbeeld daarvan zijn de woningbouwcorporaties. Hun vrijheid om aspirant huurders naar willekeur te weigeren is zeer beperkt.¹² Datzelfde geldt voor de zorgplicht voor zorgverzekeraars: iedereen moet gelijke toegang hebben tot zorg van goede kwaliteit. Die verplichting is onderdeel van het toezichtkader voor zorgverzekeraars.¹³ Dat betekent dat de publieke toezichthouder bij het houden van toezicht op dit punt zal letten. Nu het hier om publiekrechtelijk toezicht gaat, valt aan te nemen dat die publiekrechtelijke achtergrond zal meespelen bij het vormgeven van het toezicht. Dat betekent dat het omgaan van de verzekeraar met zijn contracteerplicht beoordeeld zou kunnen worden met gebruikmaking van publiekrechtelijke beginselen.

Bij de hier besproken voorbeelden is te constateren dat het gelijkheidsbeginsel ook in privaatrechtelijke verhoudingen een duidelijke rol kan spelen. Het gaat daarbij niet alleen om verhoudingen waarbij de overheid nog een zekere rol speelt, zoals bij de financiering van woningbouwcorporaties of de ziektekostenverzekering, maar ook om gevallen waarin het om zuiver private verhoudingen gaat. Men denke aan een café dat geen ongelijke behandeling bij het toelaten van bezoekers mag doorvoeren.

3 Noodzaak tot interne rechtsvergelijking

De behandeling van de contractweigering in het privaatrecht geeft er blijk van dat door privatisten weinig wordt geprofiteerd van een vergelijking met ontwikkelingen in het publiekrecht. Soms krijgt men zelfs de indruk dat met veel animo rechtsvergelijking wordt betracht met buitenlandse rechtssstelsels, terwijl binnen het eigen rechtssysteem onbenutte kansen liggen. Een vergelijking met het buitenland is immers inherent moeilijk omdat de opbouw van het buitenlandse recht en de rechtscultuur altijd een andere omgeving met zich meebrengen. Het is daarom lang niet zeker dat een oplossing die in een bepaald land goed functioneert, ook in eigen land tot dezelfde resultaten leidt. Dat is bij interne rechtsvergelijking veel minder het geval. Doordat men dan blijft binnen hetzelfde, bekende rechtssysteem is het aanzienlijk eenvoudiger om een inschatting te

12 Houben, p. 3.

13 Zie onderdeel 2.2.2.2 van het Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars, vastgesteld door de Nederlandse Zorgautoriteit, *Stcrt.* nr. 5958, 27 maart. 2012.

maken van de omgeving waarin een bepaalde regel moet functioneren.

Interne rechtsvergelijking heeft bovendien een belangrijk voordeel. Het bereiken van een gemeenschappelijke oplossing en het opstellen van een gemeenschappelijke regel voor verschillende rechtsterreinen binnen het (Nederlandse) recht draagt bij aan eenvoud en overzichtelijkheid van het recht als geheel. Dat is ook het uitgangspunt van de gemeenschappelijke rechtsleer: nodeloze verschillen tussen rechtsgebieden moeten voorkomen worden. Het moeten evenzeer de beoefenaren van het privaatrecht als die van het publiekrecht zijn die dit belang in het oog houden.

Het beste kan dit gebeuren door experts die op beide terreinen thuis zijn. Dick Lubach is daarvan een invloedrijk voorbeeld. Een illustratie van de hier voorgestane benadering levert hij in een recente bijdrage over de rol van vertrouwen in het bouwrecht.¹⁴ Zijn beschouwing gaat over een centrale vraag in publiek- en privaatrecht: de tegenstelling tussen het zeer gedetailleerd omschrijven van rechten en verplichtingen en het werken met meer open normen die aan het vertrouwen een grotere rol toedelen. Hij bespreekt daarbij de ontwikkelingen in het bouwrecht, één van zijn specialiteiten. Het publiekrecht worstelt met dit vraagstuk wanneer het gaat om de vraag hoe gedetailleerd de voorschriften in de regelgeving moeten zijn. Lang is het uitgangspunt geweest dat de rechtsstaat zoveel mogelijk voorspelbaarheid van de wetgever verlangt, zodat de wettelijke normen zo precies mogelijk moeten zijn. Ook bij aanbestedingen door de overheid zou – mede om het gelijkheidsbeginsel te kunnen verwezenlijken – de omschrijving van het aan te besteden werk zo precies mogelijk moeten zijn. Maar al die nauwkeurige voorschriften houden nieuwe ontwikkelingen en innovatie tegen. De wetgever en de aanbesteder hebben lang niet altijd de volledige kennis in huis om te overzien welke oplossingen bij de huidige stand van de techniek de beste zijn. Kortom, gedetailleerde voorschriften werken in veel omstandigheden verstarrend. Zij belemmeren creativiteit en innovatie. Daar staat dan wel een grotere rechtszekerheid tegenover. In private verhoudingen speelt dezelfde problematiek. Dick noemt daarbij als voorbeeld de samenwerkingsvormen in de bouwketen. Het bouwproces, zo schrijft hij, is een complex samenstel van processen en actoren. Ook hier geldt dat het volledig dichtregelen van de onderlinge verhoudingen in gedetailleerde contracten grote nadelen heeft: niet alles valt te voorzien, en ook hier dreigt verstarring en het tegenhouden van innovatieve oplossingen.

Dick Lubach vraagt zich af welke rol het vertrouwen in al deze verhoudingen kan en moet spelen. Hij constateert met recht dat er op de verschillende terreinen sprake is van een verschuivende balans. Inderdaad, in de huidige samenleving met de snelle ontwikkelingen in wetenschap en techniek bestaat er een toenemende behoefte aan flexibiliteit. Tegelijkertijd moet het recht wel zorgen voor mechanismen die het beschamen van vertrouwen sanctioneren. In de bijdrage worden op dat punt gedachten ontwikkeld op het punt van aansprakelijkheid en toezicht.

Naar mijn mening is een dergelijke benadering vruchtbaar. De reden waarom gedetailleerde voorschriften in de huidige tijd op veel terreinen niet meer voldoen, zijn voor publiekrecht en privaatrecht vergelijkbaar. Het geheel langs elkaar heen werken bij het zoeken naar antwoorden is dan contraproductief. Binnen één rechtscultuur is het eenvoudiger tot resultaten te komen dan bij vergelijking met andere rechtsstelsels.

14 D.A. Lubach, 'Bouwen met vertrouwen', in: H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille (red.), *Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en juridisering. Liber Amicorum Ko de Ridder*, Oisterwijk: WLP 2014, p. 211-219.

Misschien ontdekken wij dan dat ons rechtssstelsel als geheel gunstig (of ongunstig) afsteekt tegen andere. Zo ergeren privatisten zich, naar ik begrijp, regelmatig aan de zeer gedetailleerde contracten die Amerikanen plegen te hanteren. Onder de beoefenaren van het publiekrecht bestaat dezelfde irritatie bij het bestuderen van de zeer uitvoerige redacties van Amerikaanse wetsartikelen. Wanneer men die beide constateringenvan naast elkaar zet, moet de gevolgtrekking wel zijn dat het Amerikaanse recht als geheel anders omgaat met de door Lubach besproken tegenstelling tussen rechtszekerheid en vertrouwen. Dat levert in ieder geval het inzicht op dat het niet alleen een eigenaardigheid is van het Amerikaanse contractenrecht of van de Amerikaanse stijl van wetgeving, maar dat het een meer algemeen kenmerk is van de Amerikaanse rechtscultuur. Dat geeft een andere dimensie aan de vraag hoe daarmee om te gaan. Kortom, wanneer Nederlandse privatisten rechtsvergelijking willen bedrijven, is het veelal minstens zo lonend om interne rechtsvergelijking te betrachten als om inspiratie in het buitenland te zoeken. Dat geldt *mutatis mutandis* evenzeer voor bestuursrechtjuristen.

Een dergelijke aansporing heeft Dick Lubach nooit nodig gehad. Ondanks zijn grote rechtsvergelijkende kennis heeft hij de vergelijking tussen het Nederlandse privaatrecht en bestuursrecht naar mijn mening terecht voorop gesteld.

4 Minder gedetailleerde regels en meer vertrouwen

In het verlengde daarvan maak ik nog een enkele opmerking. In zijn eerder aangehaalde bijdrage aan de bundel *Ridderorde* gaat Dick Lubach in op de verhouding tussen het voordeel van minder gedetailleerde voorschriften en het meer plaats toekennen aan vertrouwen. Dat is zowel in het privaatrecht als in het bestuursrecht aan de orde. Maar dat roept in beide rechtsgebieden wel de vraag op naar sancties ingeval het vertrouwen wordt beschaamd. Toezicht en aansprakelijkheid worden in de bijdrage genoemd als aanknopingspunten daarvoor.

Een probleem bij het toezicht op open normen is dat toezichthouder en onder toezicht gestelde instellingen de daarmee samenhangende rechtsonzekerheid vaak als een probleem ervaren. Dat leidt er dan weer toe dat de toezichthouder in beleidsstukken, zoals beleidsregels, die normen weer sterk gaat detailleren, en het toezicht daarop gaat richten. Een voorbeeld daarvan is het heel open beginsel dat bij een bank de klant centraal moet staan. Dat is inderdaad wel heel algemeen gezegd, en kan heel verschillend worden uitgewerkt. Uiteenlopende inzichten zijn hier mogelijk, en banken zouden dus ook met uiteenlopende uitwerkingen daarvan kunnen komen. In wezen is dat juist ook de bedoeling: verschillende omstandigheden en creativiteit om nieuwe wegen te begaan kunnen tot betere benaderingen leiden. Dat wordt echter tegengegaan indien het toezichtkader tot uniformiteit tot in de details dwingt. Hoe kan men met dit dilemma omgaan?

Zou het niet mogelijk zijn om hier bij private partijen ook een eigen keuzevrijheid en daarmee ook een eigen verantwoordelijkheid neer te leggen zoals men in het bestuursrecht ten aanzien van overheden pleegt te doen? Veelvuldig wordt in het bestuursrecht vrijheid van beleid of van beoordeling neergelegd omdat de wetgever niet alle keuzes kan voorstructureren. Afwegingen kunnen beter in concreto, en met inachtneming van alle omstandigheden, gemaakt worden. Die overwegingen gelden ook indien private partijen soortgelijke afwegingen moeten maken, zoals het belang van de klant meer centraal stellen. In het bestuursrecht hebben wij geleerd hoe wij met een dergelijke beleidsvrijheid moeten omgaan. Door de ontwikkeling van algemene beginselen van behoorlijk

bestuur kan een onjuist gebruik van beleidsvrijheid goed worden tegengegaan. Is een dergelijke benadering ook bij het houden van toezicht op private actoren mogelijk? Zou het niet beter zijn een bank, die duidelijk weet uit te leggen waarom het belang van de klant wordt gediend met een bepaald product, die mogelijkheid te geven? Dit in de plaats van het toetsen van dat product aan de hand van een uitvoerige en gedetailleerde checklist?

5 Slot

Hiermee dwaal ik enigszins af van het kerngebied van het onderzoek van Dick Lubach. Maar dit uitstapje maakt wel duidelijk welke interessante perspectieven verschijnen wanneer men op de manier onderzoek verricht zoals Dick Lubach dat onderneemt. Het is bijzonder te constateren dat hij dat sinds zijn proefschrift op een consequente en inspirerende manier heeft gedaan.

13 De waarde van een overeenkomst over ruimtelijke ontwikkeling

Peter van Buuren

1 Inleiding

Dick Lubach en ik deelden jarenlang een kamer in het gebouw op de hoek van de Rode Weeshuisstraat en de Oude Boteringestraat. We hebben als goede vrienden vele gesprekken gevoerd, ervaringen gedeeld en bij tegenslag elkaar steun verleend. Dick werkte aan zijn proefschrift 'Beleidsovereenkomsten' en ik aanvankelijk nog aan mijn proefschrift 'Kringen van belanghebbenden' en daarna aan het onderzoek over de verschillen tussen Kroonberoep en Arob-beroep. Ik weet nog goed dat zijn onderwerp mij buitengewoon moeilijk leek. En dat was het ook.

Het waren mooie jaren. Waar we allemaal behalve over het recht en het bestuursrecht in het bijzonder over spraken, weet ik niet meer. Voor een deel ging het over auto's, vooral over auto's van het merk Saab, dat herinner ik me nog heel goed. Wie Dick uit die tijd kent, zal zich dat waarschijnlijk goed kunnen voorstellen.

Ik zou nog veel meer herinneringen kunnen ophalen aan die gedeelde Groningse periode, maar daarvoor is deze bundel denk ik niet bedoeld. Dat kan op een ander moment. Wie meer wil weten, vraagt Dick of mij maar eens naar de anekdote met het wachtwoord 'Arob, Arob'.

2 Overeenkomsten over ruimtelijk beleid zijn een juridisch probleem

In deze bijdrage wil ik de vraag aan de orde stellen welke juridische betekenis toekomt aan een overeenkomst tussen een burger en een gemeente omtrent de volgens die overeenkomst door de (bestuursorganen van de) gemeente te verlenen planologische medewerking, waartegenover de ontwikkelaar een tegenprestatie levert. De tegenprestatie van de burger kan betaling van een geldsom zijn (zoals bij de toepassing van de provinciale regelingen 'Ruimte voor ruimte' geschiedt) of bestaan uit de bereidheid mee te werken aan bedrijfsverplaatsing, al dan niet in combinatie met de levering van een perceel grond. Het verlenen van planologische medewerking kan bestaan in het vaststellen van een bestemmingsplan met een bepaalde inhoud dan wel het verlenen van een omgevingsvergunning voor het afwijken van een bestemmingsplan (projectbesluitvorming). Omdat zo'n overeenkomst betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid (bestemmingsplan vaststellen of afwijken daarvan) noemen we een dergelijke overeenkomst een bevoegdhedenovereenkomst (een species van het genus beleidsovereenkomst). In het navolgende beperk ik mij tot de overeenkomst omtrent de uitoefening van een bestemmingsplanbevoegdheid, hetgeen me verantwoord lijkt omdat de problematiek van een overeenkomst tot het verlenen van een omgevingsver-

gunning voor het afwijken van een bestemmingsplan daarvan niet verschilt. Ik duid de overeenkomst verder aan als de bestemmingsplanovereenkomst.

Met betrekking tot de bestemmingsplanovereenkomst rijzen verschillende vragen. De belangrijkste vraag is welke betekenis daaraan moet worden toegekend indien de gemeenteraad een bestemmingsplan vaststelt dat de in de overeenkomst in het vooruitzicht gestelde planologische ontwikkeling niet mogelijk maakt. Mag de burger dan nakoming van de overeenkomst verlangen of, anders geformuleerd, kan hij met een beroep op het vertrouwensbeginsel de inhoud van het bestemmingsplan afdwingen zoals die hem in de overeenkomst in het vooruitzicht is gesteld? Aan deze vraag gaat de vraag vooraf of een (gemeenteraad van een) gemeente zich wel kan vastleggen in een bestemmingsplanovereenkomst omtrent de inhoud van een planologisch besluit. Er zijn nog wel meer vragen te stellen, maar deze twee zijn toch wel de hoofdvragen: die naar de mogelijkheid van een bestemmingsplanovereenkomst en de vraag welke betekenis daaraan toekomt indien er een gesloten is.

Waarom is de bestemmingsplanovereenkomst een probleem? Over die vraag bestaat inmiddels een omvangrijke literatuur. Uitvoerig vinden we beschouwingen in het kloekke proefschrift van P.J. Huisman (uit 2012), *De bevoegdhedenovereenkomst*, waarin hij uitgebreid stil staat bij de bestemmingsplanovereenkomst. Hoofdstuk 15 handelt over de bestemmingsplanovereenkomst, liefst 76 bladzijden.¹ Bestudering van dat proefschrift maakt duidelijk dat het er in de kern om gaat dat het sluiten van een bestemmingsplanovereenkomst zich niet goed verdraagt met de plicht van de gemeenteraad om in het belang van een goede ruimtelijke ordening de bestemmingen van gronden aan te wijzen en daarbij regels te geven die in het belang van een goede ruimtelijke ordening nodig zijn. Daarbij is evenzeer van belang dat de raad een plan pas mag vaststellen nadat de door de wetgever voorgeschreven bestemmingsplanprocedure is gevolgd waarin een ieder zijn zienswijze naar voren kan brengen waarover de raad vervolgens gemotiveerd een standpunt moet innemen. De in de procedure naar voren gebrachte belangen zal de raad in zijn afweging moeten betrekken. Met de inhoudelijke norm 'goede ruimtelijke ordening' en de procedure die moet waarborgen dat de belangen van alle betrokkenen bij de ruimtelijke ordening in het plangebied worden betrokken, verdraagt zich niet dat 'de gemeente' met een burger op voorhand een afspraak maakt over de uitkomst van een op een later tijdstip na een procedure te bepalen inhoud van hetgeen op een bepaalde plaats goede ruimtelijke ordening is. Als de raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan van oordeel is dat de goede ruimtelijke ordening tot een andere uitkomst moet leiden dan 'de gemeente' bij het sluiten van de overeenkomst meende, weegt de verplichting van art. 3.1 Wro toch zwaarder dan de plicht het plan volgens de overeenkomst vast te stellen.

Op het eerste gezicht zou je dan misschien zeggen dat een bestemmingsplanovereenkomst dus niet mogelijk is, want geen verbindende werking zou moeten hebben. Huisman gaat uitvoerig op dit probleem in. Hij vermeldt de opvatting van Koeman, Olivier en Troostwijk, die in hun 'Bestemmingsplan en privaatrecht' in 1989 inderdaad van oordeel waren, dat een onvoorwaardelijke verplichting voor de gemeente om een bepaalde bestemming in een plan toe te kennen, niet geldig is.² Volgens Huisman gaat

1 P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst, De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 401-476.

2 Huisman 2012 a.w., p. 423.

de rechtspraak er vanuit dat een bestemmingsplanovereenkomst, zolang die maar niet in strijd met het geschreven of ongeschreven recht is, wel geldig is. Dat is kennelijk ook zijn eigen mening, ofschoon hij die niet *expressis verbis* geeft.³ Wel merkt hij op dat in de praktijk ter vermijding van problemen vaak niet verder wordt gegaan dan het aangaan van een inspanningsverplichting.

Mijn beeld van de rechtspraak is dat inderdaad veelal niet verder wordt gegaan dan het vastleggen van een inspanningsovereenkomst. Ook besluiten partijen wel tot het opnemen van een uitdrukkelijk voorbehoud dat de raad een andere planinhoud dan uit de overeenkomst voortvloeit, kan vaststellen. Op deze wijze wordt het probleem wel sterk gerelativeerd, maar verdwijnt het toch niet helemaal. Met name bij het aangaan van een inspanningsovereenkomst komt de vraag op wanneer de gemeente met recht kan stellen zich voldoende te hebben ingespannen. Ook Dick worstelde in zijn dissertatie met het probleem hoe aan de positie van derde-belanghebbenden bij de naleving van de overeenkomst recht kon worden gedaan. Over het standpunt dat de positie van derden onaangetast moet blijven en daarom een onvoorwaardelijke binding van de gemeente aan de bestemmingsplanovereenkomst niet mogelijk is, schreef hij dat het nog maar de vraag is in hoeverre dat standpunt reëel is. 'Immers hoezeer men ook het voorbehoud maakt, dat derdenbelangen nog ten volle aan bod zullen komen, er valt haast niet aan te ontkomen dat de overeenkomst de belangafweging toch al enigszins fixeert, zodat met name de kans van slagen van inspraak in de fase van uitvoering van de overeenkomst toch minder groot zal zijn.'⁴ Dat waren van werkelijkheidszin getuigende woorden die vandaag de dag naar mijn indruk nog even waar zijn.

Dick zocht de oplossing in het van te voren betrekken van derde-belanghebbenden bij het sluiten van de overeenkomst. Op zich een logische gedachte, maar – waarschijnlijk mede omdat het niet eenvoudig is die betrokkenheid wettelijk vorm te geven – heeft de wetgever nimmer een stap in die richting gezet.

3 Bestemmingsplanovereenkomsten gelden wel

We kunnen er dus – met Huisman – vanuit gaan dat de Wro voor wat betreft artikel 3.1 noch de verplichte bestemmingsplanprocedure in de weg staat aan de geldigheid van een bestemmingsplanovereenkomst. Het is ook niet nodig om het standpunt in te nemen dat een bestemmingsplanovereenkomst zich niet met artikel 3.1 Wro verdraagt, want die bepaling geeft de raad bij de bepaling van de inhoud van het bestemmingsplan immers een ruime mate van beleidsvrijheid. Om het even scherp te stellen: zolang een afspraak in een overeenkomst zich verdraagt met hetgeen de raad als een goede ruimtelijke ordening ziet na verdiscontering van belangen van derden, is er geen reden op voorhand te stellen dat het recht geen ruimte zou moeten bieden aan het maken van afspraken omtrent de inhoud van een bestemmingsplanregeling voor een bepaald perceel. Andere wettelijke bepalingen en ongeschreven recht kunnen wel een beperking met zich bren-

3 Huisman 2012 a.w., p. 421 en 438.

4 D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten. Een onderzoek naar juridische aspecten van het gebruik van de overeenkomst als beleidsinstrumentarium door de overheid*, Deventer: Kluwer 1982, p. 177.

gen (bijvoorbeeld als het om kostenverhaal gaat), maar daar ziet mijn bijdrage niet op.⁵

Uitgaande van een in beginsel geldige overeenkomst rijst de vraag in hoeverre daaraan betekenis toekomt in het geval de gemeenteraad anders wil besluiten dan in de overeenkomst is vastgelegd. Bestaat die mogelijkheid? In welke gevallen? Wat zegt de rechtspraak over deze vragen?

Ik deed enig (verkenkend) onderzoek. Daaruit krijg ik de indruk dat de bestuursrechter om het zo te zeggen ‘eenzijdig’ met het probleem geconfronteerd wordt. Een raad die de overeenkomst nakomt en met bedenkingen van derden wordt geconfronteerd, blijkt maar zelden zich op het standpunt te stellen dat hij de overeenkomst moet nakomen en dat de bedenking om die reden – wat er ook zij van goede ruimtelijke ordening – niet gehonoreerd kan worden. Veel vaker gaat het om de contractspartij die meent recht te hebben op de naleving van de overeenkomst, terwijl de raad van oordeel is dat hij in het belang van een goede ruimtelijke ordening een andere planinhoud moet vaststellen dan uit de overeenkomst zou voortvloeien. De teleurgestelde belanghebbende kan bij de bestuursrechter twee verwante argumenten aan de overeenkomst ontlelen. Hij kan stellen dat de gemeente de overeenkomst niet naar behoren is nagekomen omdat zij haar contractuele verplichting niet is nagekomen en voorts dat het bestemmingsplan in strijd met het vertrouwensbeginsel is vastgesteld. In dat kader zal hij stellen dat hij de gerechtvaardigde verwachting aan de overeenkomst mocht ontlelen dat de raad een bestemmingsplan zou vaststellen dat een titel voor vergunningverlening voor zijn bouwplan mogelijk zou maken.

Over deze vraag bestaat één vermeldenswaardige uitspraak van de Kroon en verscheidene uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. Huisman vermeldt het KB Doorn uit 1994, waarin de Kroon oordeelde dat de daar aan de orde zijnde overeenkomst niet in de weg kon staan aan een daarvan afwijkende uitkomst in de bestemmingsplanprocedure, maar ook dat de gemeente voor de eventuele schade aansprakelijk kon worden gesteld.⁶ Hij noemt ook enkele uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin de rechter zich op het standpunt stelde dat een overeenkomst er niet aan in de weg kon staan dat de gemeenteraad op grond van gewijzigde inzichten tot een ander inhoud van het bestemmingsplan kwam dan uit de overeenkomst voortvloeide.⁷ Ik vond in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de laatste tien jaar de volgende uitspraken.

4 Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak

In een uitspraak van 14 december 2005 over een bestemmingsplan voor het recreatierrein Horsterwold deden appellanten die geconfronteerd werden met een bestemmingsplan dat permanente bewoning van hun recreatiewoning verbood, een beroep op de koopovereenkomst die zij met de gemeente gesloten hadden en waarin volgens appellanten opgenomen stond dat zij slechts gedurende 12 weken per jaar de woning niet

5 Zie bijvoorbeeld HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0520, AB 2013/274, m.nt. Van Ommeren & G.A. van der Veen, TBR 2013/129, m.nt. Dieperink (Betaalplanologie Horst aan de Maas).

6 KB 14 september 1994, AB 1995/494 (Doorn), waarover Huisman 2012 a.w., p. 440.

7 ABRvS 7 juli 1997, Gst. 1998, 7080, nr. 7, m.nt. Teunissen, waarover eveneens Huisman 2012 a.w., p. 440.

zelf mochten bewonen en dus gedurende 40 weken per jaar wel.⁸ Zij stelden met andere woorden dat de gemeenteraad zijn bevoegdheid een bestemmingsplan vast te stellen gebruikte op een wijze die in strijd kwam met de overeenkomst die zij bij de koop van de grond waarop de woning was gerealiseerd met de gemeente(raad) hadden gesloten. De gemeente legde de overeenkomst echter heel anders uit. De Afdeling stelde vast dat het om de uitleg van een privaatrechtelijke overeenkomst ging en oordeelde dat die in een bestemmingsplanprocedure niet aan de orde kon komen. Vervolgens werden appellanten in het ongelijk gesteld omdat de beperking van het gebruik tot recreatief gebruik in het aan de orde zijnde geval volgens de Afdeling niet in strijd met een goede ruimtelijke ordening was. Interessant is dat in een uitspraak in 2013 betreffende hetzelfde recreatieterrein Horsterwold de Afdeling, opnieuw geconfronteerd met deze overeenkomst, aan de overwegingen uit de uitspraak uit 2005 vasthoudt. De Afdeling herhaalde dat in de bestemmingsplanprocedure niet kon worden getreden in de uitleg van een privaatrechtelijke overeenkomst.⁹ Ik ga er echter vanuit dat de Afdeling moeilijk afstand van haar eerdere uitspraak kon nemen, zelfs al zou zij dat gewild hebben.

Een andere benadering blijkt uit een uitspraak van 23 juni 2004. In deze uitspraak doen de heren Albers en Paalman een beroep op een overeenkomst die is gesloten tussen Van der Feltz en de gemeente Voorst.¹⁰ De overeenkomst betreft de verkoop van vijf hectare bouwland en in de overeenkomst is bepaald dat aan die gronden uitsluitend de bestemming 'recreatieve doeleinden' zal worden gegeven. De gronden zijn in het bestemmingsplan waartegen het beroep van Albers en Paalman loopt, bestemd voor de bouw van woningen. Wat Albers en Paalman met de overeenkomst te maken hebben blijkt niet uit de uitspraak. De Afdeling maakt weer korte metten met het beroep op de overeenkomst. Zij overweegt dat 'hetgeen met betrekking tot deze gronden is bedongen er niet aan in de weg (kan) staan dat de gemeenteraad op grond van gewijzigde omstandigheden of planologische inzichten een andere bestemming kan toekennen aan de desbetreffende gronden. De Afdeling neemt daarbij in aanmerking dat het bestemmingsplan een zelfstandige betekenis heeft, zodat de hierin vastgelegde bestemmingen niet afhankelijk kunnen worden gesteld van buiten het plan staande overeenkomsten.'

In 2012 kreeg de Afdeling opnieuw de vraag voorgelegd welke betekenis aan een overeenkomst voor de vaststelling van een bestemmingsplan moet toekomen. In Tubbergen

8 ABRvS 14 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7985, *BR* 2006/113, m.nt. Nijmeijer (Horsterwold I).

9 ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1296 (Horsterwold II): De Afdeling stelt vast dat de planregeling wat betreft permanente bewoning inhoudelijk ongewijzigd was gebleven ten opzichte van het vorige plan. Ik citeer: 'Het door de VvE bedoelde beding in de koopovereenkomsten, evenals de begrippen 'permanente bewoning' en 'hoofdverblijf', zijn in de uitspraak van 14 december 2005 aan de orde gekomen. De Afdeling heeft hierover geoordeeld dat uit de vorige planregeling voldoende duidelijk bleek welk gebruik op de gronden was toegestaan en dat in de bestemmingsplanprocedure niet kon worden getreden in de uitleg van een privaatrechtelijke overeenkomst. De Afdeling ziet in hetgeen de VvE heeft aangevoerd thans geen aanleiding voor een ander oordeel. Dat de bewoners op het recreatieterrein sinds de uitspraak van 14 december 2005 worden geconfronteerd met handhavingprocedures, levert geen gewijzigde relevante omstandigheid ten opzichte van die uitspraak op.' De Afdeling zag geen aanleiding voor het oordeel dat de raad met het ongewijzigd opnemen van de planregels wat betreft permanente bewoning in strijd met het vertrouwensbeginsel zou hebben gehandeld.

10 ABRvS 23 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP3407 (gem. Voorst).

had ene Haarhuis een overeenkomst met de gemeente gesloten in het kader van het zogeheten ‘Rood voor rood’ beleid (tegenwoordig veelal ‘Ruimte voor ruimte’ beleid). Haarhuis zou overtollige agrarische bebouwing slopen, in ruil waarvoor hij op twee verschillende locaties een vrijstaande woning zou mogen bouwen. Tot het aangaan van de overeenkomst was, zoals dat volgens artikel 160, eerste lid, aanhef en onder e, van de Gemeentewet hoort, door burgemeester en wethouders besloten. In de overeenkomst nam de gemeente een inspanningsverplichting op zich ‘om de vereiste planologische medewerking te verlenen door medewerking te verlenen aan het voeren van vrijstellingsprocedures’. Aanvankelijk ging het voor Haarhuis de goede kant uit. Er werd een ontwerpbestemmingsplan in procedure gebracht waarin de twee beoogde locaties de gewenste bestemming hadden. Maar de gemeenteraad weigerde het bestemmingsplan vast te stellen. Volgens de raad had Haarhuis volgens het ‘Rood voor rood’ beleid helemaal geen recht op de twee compensatiewoningen. Volgens de raad zou te weinig gesloopt worden en kwamen voorts beide locaties niet voor de bouw van een compensatiewoning in aanmerking. Haarhuis beriep zich begrijpelijkerwijs op de overeenkomst en daarnaast op door burgemeester en wethouders gewekte verwachtingen.

De Afdeling stelde eerst vast dat Haarhuis op zich niet betwistte dat het toekennen van de twee compensatiewoningen inderdaad in strijd met het ‘Rood voor rood’ beleid zou zijn. Maar volgens Haarhuis had de raad van zijn beleid moeten afwijken omdat er jegens hem zowel door ambtenaren van de gemeente als door het college van burgemeester en wethouders verwachtingen waren gewekt. De Afdeling bracht echter in herinnering dat volgens vaste rechtspraak voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel nodig is dat aan het bestuursorgaan toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan door een daartoe bevoegd persoon. Dat was niet het geval, want door of namens de raad waren er geen verwachtingen gewekt.

Voor wat betreft de overeenkomst oordeelde de Afdeling dat ‘nog daargelaten dat die overeenkomst blijkens de bewoordingen daarvan voor zover het betreft het verlenen van planologische medewerking slechts een inspanningsverplichting inhoudt, een overeenkomst als de onderhavige niet kan leiden tot een verplichting van de raad aan gronden een bestemming te geven die de raad niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening zou achten. Het aanvaarden van gebondenheid van de raad aan het leggen van de bestemming zoals in de overeenkomst voorzien, zou zich niet verdragen met de door de wetgever in artikel 3.1 van de Wro aan de raad toegekende bevoegdheid om, in het belang van een goede ruimtelijke ordening, bestemmingsplannen vast te stellen na het volgen van de daartoe in deze wet dwingend voorgeschreven en met waarborgen omklede procedure. De definitieve beslissing over de vaststelling van het bestemmingsplan kan mede afhankelijk van alle in de loop van de procedure naar voren gekomen feiten en belangen – ook de mogelijke belangen van derden – anders uitvallen dan door het college van burgemeester en wethouders bij het sluiten van de overeenkomst is ingeschat. Dat tussen Haarhuis en de gemeente een overeenkomst is gesloten, is wel een omstandigheid die de raad bij de vaststelling van het plan in zijn overwegingen dient te betrekken.’ Volgens de Afdeling had de raad dat wel gedaan en was voldoende gemotiveerd waarom de raad in het geval van Haarhuis niet van zijn beleid wenste af te wijken.¹¹

De geciteerde overweging uit de uitspraak Tubbergen vinden we voor een belangrijk deel terug in een recente uitspraak uit 2013, met als interessant verschil dat het in dat geval (kennelijk) niet gaat om een inspanningsovereenkomst. De Stichting Leefbaarheid

11 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520 (gem. Tubbergen).

Prijsseweg beriep zich op een overeenkomst uit 1995 en betoogde dat het verwijderen van een blocker op de Prijsseweg en daarmee het openstellen van de weg voor gemotoriseerd verkeer in strijd was met de in 1995 door het college van burgemeester en wethouders van Culemborg met de stichting gesloten overeenkomst over het afsluiten van een aantal wegen. Ook in de uitspraak uit 2013 wordt overwogen 'dat een overeenkomst als de onderhavige niet kan leiden tot een verplichting van de raad om bestemmingen aan gronden toe te kennen die de raad niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening acht. Het aanvaarden van gebondenheid van de raad aan de overeenkomst zou zich niet verdragen met de door de wetgever in artikel 3.1 van de Wro aan de raad toegekende bevoegdheid om, in het belang van een goede ruimtelijke ordening, bestemmingsplannen vast te stellen na het volgen van de daartoe in deze wet dwingend voorgeschreven en met waarborgen omklede procedure. Dat tussen de stichting en de gemeente in 1995 een overeenkomst is gesloten, is wel een omstandigheid die de raad bij de vaststelling van het plan in zijn overwegingen dient te betrekken.' Vervolgens stelde de Afdeling vast dat de gemeenteraad de overeenkomst in beschouwing had genomen maar aan de overeenkomst geen doorslaggevende betekenis had toegekend, aangezien de feitelijke situatie sinds het sluiten van de overeenkomst was gewijzigd. Daarop volgt het oordeel 'dat de stichting niet aannemelijk heeft gemaakt dat de raad zich, mede gelet op het tijdsverloop sinds het sluiten van de overeenkomst, niet in redelijkheid op dit standpunt heeft kunnen stellen. Voorts wordt in aanmerking genomen dat de overeenkomst gesloten is in het kader van een procedure omtrent de verlening van een aantal bouwvergunningen en niet in het kader van de vaststelling van dit plan. Gelet op het voorgaande heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat geen doorslaggevend gewicht aan de overeenkomst hoefde te worden toegekend.'¹²

Heeft een burger dan nooit iets aan een overeenkomst met een overheid over planologische besluiten? Dat zou ook weer een te sombere conclusie zijn. In een uitspraak in 2004 over het tracébesluit over HSL-Zuid slaagde het beroep van een contractant met de Staat wel.¹³ Appellant in die zaak had een grondruilovereenkomst met de Staat gesloten en daarbij nadrukkelijk afgesproken dat langs de A58 over een bepaalde lengte op geruilde gronden een geluidscherm zou worden opgericht. Aanvankelijk stond dat scherm ook in het tracébesluit, maar bij nader inzien, bij de zoveelste herziening van het tracébesluit, besloot de minister het scherm belangrijk in te korten. Tegen die herziening kwam de wederpartij van de Staat met succes in beroep. In die zaak gaat de Afdeling over tot een noodzakelijke uitleg van de overeenkomst. Vervolgens wordt overwogen dat de overeenkomst een rol had behoren te spelen in de belangenafweging die ten grondslag had gelegen aan het bestreden besluit. Dat de nakoming van de overeenkomst tussen appellant en de Staat een privaatrechtelijke aangelegenheid was en dat de overeenkomst primair ziet op de grondruil deed daar niet aan af. Volgens de Afdeling had de overeenkomst bij appellant zodanige gerechtvaardigde verwachtingen gewekt dat verweerder deze in beginsel diende te honoreren in het kader van de vaststelling van het tracébesluit. Appellant mocht er op vertrouwen dat een geluidscherm met een lengte zoals opgenomen in het oorspronkelijke tracébesluit HSL-Zuid zou worden gerealiseerd. De nadien door verweerder aangevoerde redenen voor inkorting van het geluidscherm acht de Afdeling onvoldoende grond voor het niet honoreren van deze verwachtingen.

12 ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1834 (Culemborg).

13 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9924, AB 2004/458, m.nt. Kortmann, BR 2004/188, m.nt. De Gier (HSL-Zuid).

In recente uitspraak uit 2013 komt de gemeenteraad van Valkenburg aan de Geul evenmin weg met het niet nakomen van een overeenkomst.¹⁴ Het gaat in dat geval om een overeenkomst die in het kader van de Limburgse 'Bouwkavel op Maat Plus'-regeling is gesloten. De gemeente Valkenburg aan de Geul had voor de vaststelling van het plan ingestemd met de beoogde uitbreiding van het bedrijf van appellante in die zin dat de bouw van een extra loods op gronden met de bestemming 'Agrarisch - Agrarisch bedrijf' mogelijk zou worden gemaakt onder de voorwaarde dat appellante een aantal tegenprestaties zou leveren. Appellante stelde onweersproken dat zij deze tegenprestaties had geleverd. In het ontwerpplan was de loods opgenomen, maar de raad had bij de vaststelling van het bestemmingsplan de extra bouwmogelijkheid verwijderd. De Afdeling oordeelde: 'Uit bestreden besluit volgt niet op welke wijze de raad rekening heeft gehouden met deze overeenkomst [...]. De enkele motivering dat tijdens de terinzagelegging van het ontwerpplan is gebleken dat weerstand van omwonenden bestaat tegen de beoogde uitbreiding van het bedrijf van appellante is daartoe niet afdoende, nu een ruimtelijke afweging ontbreekt.' De Afdeling zag aanleiding voor het oordeel dat het bestreden besluit in zoverre niet met de vereiste zorgvuldigheid was voorbereid.

Op dezelfde datum als in het geval van de hierboven besproken bevoegdhedenovereenkomst in het kader van het 'Rood voor rood' beleid van de gemeente Tubbergen deed de Afdeling nog een interessante uitspraak over een bevoegdhedenovereenkomst.¹⁵ Deze tweede uitspraak gaat niet over een overeenkomst tussen een particulier en een gemeente, maar over een bestuursakkoord tussen de gemeente Eijsden-Margraten en de provincie Limburg. De gemeente Eijsden-Margraten stelde een bestemmingsplan vast dat de bouw van een complex voor een perifere en grootschalige detailhandel, een hotel en verschillende leisurefuncties mogelijk moest maken. Deze ontwikkeling is niet naar de zin van buurgemeente Maastricht en evenmin van de provincie Limburg. Het bestuursakkoord waarop met name de provincie zich beroept, zit, zoals dat wel vaker met dit soort akkoorden het geval is, ingewikkeld in elkaar. Volgens de preambule van het akkoord beogen partijen 'concrete en afrekenbare afspraken te maken'. In het akkoord zitten elementen van een inspanningsovereenkomst, maar ook wordt gezegd dat de gemeente een hele lijst van provinciale belangen bij het opstellen van het bestemmingsplan en andere planologische besluiten in acht moet nemen. In dat kader wordt onder meer verwezen naar onderdelen van het POL 2006, het Provinciaal Omgevingsplan Limburg uit 2006. Daarin staat weer dat voor een geval als hier aan de orde afstemming nodig is tussen de betrokken gemeenten. In dit geval zou dat in ieder geval afstemming met de gemeente Maastricht vereisen. Voorts worden zekere minimum oppervlakten qua hectaren en qua m2 vloeroppervlakten vereist. Die minima worden voor het aan de orde zijnde project niet gehaald.

Uit de uitspraak blijkt dat de Afdeling het betoog van de gemeente Maastricht en de provincie dat de raad van Eijsden-Margraten in strijd met het bestuursakkoord handelde door het bestemmingsplan toch vast te stellen, niet honoreert. Een belangrijke schakel in de redenering van de Afdeling is dat de door de provincie en de gemeente Eijsden-Margraten gemaakte afspraken ongeacht de formulering daarvan in het systeem van de Wro niet meer kunnen inhouden dan een inspanningsverplichting. Uit de wets-

14 ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2879, *BR* 2013/128, m.nt. Kortmann & Harte.

15 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9573, *AB* 2012/287, m.nt. De Gier, *BR* 2012/132, *NJB* 2012/1712 (Hotel Gronsveld).

geschiedenis van de Wro leidt de Afdeling af dat de provincie, indien zij een verdergaan-de juridische binding aan het beleid van de provincie wenst, de weg van de provinciale verordening moet kiezen en algemene regels moet stellen op grond van artikel 4.1 van de Wro. Een bestuursakkoord kan – zo blijkt uit de wetsgeschiedenis – wel gebruikt worden als middel om in concrete gevallen of in geval van doelstellingen die betrekking hebben op één gebied een regeling te treffen, maar in de wetsgeschiedenis wordt het middel van bestuursakkoorden niet genoemd als een geschikt middel voor algemene normstelling zoals dat in het aan de orde zijnde Bestuursakkoord wel het geval is.

Vervolgens wordt door de Afdeling geoordeeld dat de gemeenteraad van Eijsden-Margraten aan haar inspanningsverplichting heeft voldaan. Er is veelvuldig overleg met de gemeente Maastricht geweest, met slechts als resultaat een ‘agree to disagree’. De conclusie is – kort samengevat – dat de gemeenteraad bij de vaststelling van het bestemmingsplan het provinciale beleid ‘in de belangenafweging heeft betrokken en de raad zich heeft ingespannen bij de vaststelling van het bestemmingsplan te handelen overeenkomstig het provinciale beleid’. De Afdeling kwam tot het oordeel dat de raad niet had gehandeld in strijd met de uit het Bestuursakkoord voortvloeiende inspanningsverplichting noch met het vertrouwensbeginsel.

Het is aardig om de aanpak in deze laatste uitspraak te vergelijken met de conclusies die Nijmeijer in zijn oratie met de titel ‘Afspraken van belang’ bij de aanvaarding van zijn ambt in Nijmegen in 2008 presenteerde. Nijmeijer zei over bestuurlijke afspraken onder meer: ‘De Wet ruimtelijke ordening kent de bestuurlijke afspraak niet als sturingsinstrument, integendeel, in de sturingsfilosofie van de Wet ruimtelijke ordening is door de wetgever welbewust voor andere sturingsinstrumenten gekozen. Dit, terwijl bij de totstandkoming van de wet bekend was dat in de praktijk veel met bestuurlijke afspraken wordt gestuurd.’

Nijmeijer was van oordeel dat de systematiek die de Wro bevat voor de doorwerking van bovengemeentelijk ruimtelijk beleid, niet is toegesneden op sturing door middel van bestuurlijke afspraken.¹⁶ De bestuurlijke afspraak mag volgens Nijmeijer in zijn oratie niet als buitenwettelijk alternatief voor de Wet ruimtelijke ordening worden gebruikt.¹⁷ Zie ik het goed, dan heeft de Afdeling in de uitspraak over het Limburgse bestuursakkoord een vergelijkbare, maar iets minder vergaande opvatting gevolgd. Bestuursakkoorden mogen volgens de benadering van de Afdeling in deze uitspraak wel inspanningsverplichtingen bevatten, maar geen verbindende normstelling die bij de planologische besluitvorming in acht moet worden genomen.

5 Tussentijdse conclusie

Ik vat nog even samen: een overeenkomst tussen burgers en een gemeente over de inhoud van een bestemmingsplan heeft in een bestuursrechtelijke procedure over dat bestemmingsplan veelal betrekkelijk weinig waarde. De gemeenteraad moet er wel rekening mee houden, maar blijft vrij bij de vaststelling van het bestemmingsplan tot een andere afweging te komen. Die afweging dient zorgvuldig te gebeuren en een op de afweging toegespitste motivering is vereist. Noch de regel dat overeenkomsten moeten

16 A.G.A. Nijmeijer, *Afspraken van belang. Over sturing en regie in het omgevingsrecht* (oratie Nijmegen), Den Haag: IBR 2009, p. 43.

17 Nijmeijer 2009 a.w., p. 44.

worden nagekomen noch het vertrouwensbeginsel biedt de wederpartij van de gemeente per saldo veel houvast. De gemeenteraad heeft nu eenmaal de plicht een bestemmingsplan in overeenstemming met de wet zodanig vast te stellen dat volgens de raad, rekening houdend met alle relevante belangen, het plan op die wijze het beste een goede ruimtelijke ordening dient. Het maakt daarbij niet eens zoveel verschil of het om een resultaatsverplichting of om een inspanningsverplichting voor de gemeente gaat. De uitspraak uit 2004 over de toepassing van de Tracéwet laat echter zien, dat als er afgezien van financiële redenen geen goede grond voor het niet nakomen van de overeenkomst is, de overheid wel aan de overeengekomen prestatie gebonden wordt geacht. De uitspraak Valkenburg uit 2013 gaat in dezelfde richting, zij het dat de raad daar alsnog de gelegenheid wordt geboden tot een nadere afweging (en motivering) te komen.

Voor tussen provincies of het rijk en gemeenten gesloten bestuursakkoorden over ruimtelijke besluitvorming geldt vermoedelijk dat die niet meer dan inspanningsverplichtingen mogen behelzen. Een strikte binding van gemeenteraden aan hun beleid kan het rijk of de provincie op die manier niet bereiken.

6 Een vordering tot nakoming bij de burgerlijke rechter?

Bij deze stand van zaken rijst de vraag of de wederpartij van een bevoegdhedenovereenkomst niet beter in plaats van naar de bestuursrechter naar de burgerlijke rechter kan stappen om daar een veroordeling tot nakoming van de overeenkomst door de gemeente te vragen. Hier komt natuurlijk wel onmiddellijk de vraag naar de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter aan de orde. Dan denken we al snel aan het leerstuk van de formele rechtskracht. Dat leerstuk houdt – kort gezegd – in dat een besluit waartegen beroep open heeft gestaan bij de bestuursrechter en daar in stand is gebleven, geacht moet worden rechtmatig te zijn. Dat geldt ook indien van de beroepsmogelijkheid geen gebruik is gemaakt. Bij de burgerlijke rechter kan – uitzonderingen daargelaten – in deze gevallen niet betoogd worden dat het besluit onrechtmatig is. Voor zover wel beroep bij de bestuursrechter is ingesteld, is de burgerlijke rechter aan het oordeel van de bestuursrechter gebonden. Heeft die het beroep ongegrond of niet-ontvankelijk bevonden, dan krijgt het besluit eveneens formele rechtskracht, maar wordt het besluit door de bestuursrechter vernietigd dan zal de burgerlijke rechter er vanuit dienen te gaan dat het besluit onrechtmatig was.

De omstandigheid dat tegen een besluit omtrent de vaststelling van een bestemmingsplan – ook tegen de weigering een bestemmingsplan te herzien – beroep op de bestuursrechter openstaat, brengt dus met zich mee dat die rechtsweg voor de aantasting van deze besluiten moet worden bewandeld. Laat een belanghebbende dat na, dan wordt het bestemmingsplanbesluit onherroepelijk en krijgt het formele rechtskracht. Een discussie over de rechtmatigheid van het bestemmingsplan bij de burgerlijke rechter is dan niet mogelijk. Dat is ook de opvatting van de HR, zoals die uit verschillende arresten blijkt, meer in het bijzonder uit het hierna te bespreken arrest Zoetermeer/Etam.

Alvorens daarop in te gaan wil ik bij de opvatting dat een bestemmingsplan formele rechtskracht krijgt een kanttekening plaatsen. Dat formele rechtskracht ook van een bestemmingsplan mogelijk is, is uitdrukkelijk de opvatting van de HR. Enige aarzeling daarover is wel mogelijk in zoverre een bestemmingsplan te kwalificeren valt als een algemeen verbindend voorschrift. Een algemeen verbindend voorschrift kan bij de toepassing ervan bij wijze van exceptief verweer ter discussie worden gesteld en door de rechter onverbindend worden verklaard of buiten toepassing worden gelaten. Dat kan

in beginsel ook bij een bestemmingsplan. Desalniettemin gebruikt de HR de term formele rechtskracht en ik zal de HR daarin volgen. Een bestemmingsplan krijgt indien het onherroepelijk is geworden dus formele rechtskracht met die kanttekening dat – in zeer beperkte mate overigens – een exceptieve toetsing in ieder geval door de bestuursrechter nog wel mogelijk is.

In het geval dat leidde tot arrest van de HR van 8 juli 2010 tussen Zoetermeer en Etam, was Etam zich van het gevaar van formele rechtskracht ook zeer bewust.¹⁸ Laat ik eerst de casus in essentie samenvatten. Etam had van de gemeente Zoetermeer grond gekocht op het bedrijventerrein Dwarstocht om daarop in fasen een distributiecentrum voor de Etam-groep, een outletcentrum en kantoorgebouwen neer te zetten. De gemeente had zich tegenover Etam verbonden een bestemmingsplan op te stellen dat tot de nodige bouwvergunningen zou kunnen leiden. Daarnaast had de gemeente zich verbonden om op aangrenzende terreinen, het gebied Oosterheem, weliswaar woningbouw mogelijk te maken, maar daarbij met het oog op het realiseren van een goed woon- en leefklimaat in die woningen bepaalde afstanden aan te houden en/of geluidwerende voorzieningen te treffen. Volgens Etam heeft de gemeenteraad van Zoetermeer zich niet aan de overeenkomst gehouden door onder meer voor het bestemmingsplan Oosterheem andere planologische keuzes te maken. Etam vorderde niet herziening van het bestemmingsplan Oosterheem overeenkomstig de gemaakte afspraken, maar een niet gering bedrag aan schadevergoeding wegens niet nakoming van de overeenkomst.

De eerste gedachte zou kunnen zijn: kansloze zaak, want voor de vraag of het bestemmingsplan Oosterheem rechtmatig is, is de gang naar de bestuursrechter exclusief en nu Etam die weg niet bewandeld heeft, heeft dat bestemmingsplan formele rechtskracht en moet dat voor rechtmatig worden gehouden. Zo redeneerden de rechtbank, het Haagse hof en advocaat-generaal Keus dan ook. Maar de HR volgde hen niet. Volgens de HR had het bestemmingsplan weliswaar formele rechtskracht, maar stond dat niet in de weg aan een vordering tot schadevergoeding wegens het niet nakomen van de overeenkomst.

7 Geen nakoming, wel schadevergoeding bij de burgerlijke rechter

Door de HR wordt vooropgesteld dat, voor zover de overeenkomst ten aanzien van het bestemmingsplan Oosterheem een verplichting voor de gemeente meebracht om bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden (in dit geval tot het vaststellen van dat bestemmingsplan en het verlenen van bouwvergunningen in dat plangebied) op een bepaalde wijze uit te oefenen, de overeenkomst het karakter heeft van een zogenoemde bevoegdhedenovereenkomst. Een dergelijke overeenkomst heeft een gemengd (privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk) karakter.

Wenst de wederpartij van de gemeente nakoming van de uit een dergelijke overeenkomst voortvloeiende verplichting tot het nemen van het besluit, dan dient zij zich tot de bestuursrechter te wenden als de rechter die bevoegd is ten aanzien van dat besluit. Dat geldt zowel in het geval dat het toegezegde besluit niet genomen wordt, als in het geval dat de wederpartij van oordeel is dat het door het bestuursorgaan genomen besluit niet beantwoordt aan de overeenkomst. In beide gevallen kan de wederpartij door even-

18 HR 8 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2011:BP3057, AB 2011/ 298, m.nt. Van Ommeren & G.A. van der Veen, JB 2011/186, m.nt. Bots.

tueel bezwaar en door de gang naar de bestuursrechter (trachten te) bewerkstelligen dat het besluit waar de overeenkomst haars inziens recht op geeft, alsnog genomen wordt.

Ter zake van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie is de burgerlijke rechter evenwel de bevoegde rechter. Dat geldt ook wanneer de wederpartij schadevergoeding wenst in plaats van nakoming, welke keuze haar vrijstaat. De wederpartij kan weliswaar bij de bestuursrechter vernietiging van een naar aanleiding van de overeenkomst genomen besluit vragen wegens strijd met die overeenkomst en in geval het beroep bij de bestuursrechter gegrond is tevens schadevergoeding verzoeken op de voet van art. 8:88 Awb (uiteraard voor zover de bestuursrechter bevoegd is). Maar deze mogelijkheid brengt niet mee dat de burgerlijke rechter niet langer bevoegd zou zijn kennis te nemen van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie. De bestuursrechter toetst immers niet of het overheidslichaam toerekenbaar is tekortgeschoten in de naleving van de verplichting die het bij de overeenkomst op zich genomen heeft, maar of er reden is het besluit te vernietigen wegens strijd met de wet of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder (indien de wederpartij beroep op een overeenkomst doet) met name het vertrouwensbeginsel. Die toetsing wordt niet alleen bepaald door een uitleg van de overeenkomst en een daarmee verband houdende beoordeling van de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van een besluit met een bepaalde inhoud, maar ook door regels van publiekrecht en door de in voorkomend geval bij het besluit betrokken belangen van derden en het algemeen belang. De vernietiging door de bestuursrechter verplicht dan ook alleen tot vergoeding van de schade die door de wederpartij door het vernietigde besluit is geleden, niet tot die welke zij door de gestelde wanprestatie lijdt.

Het arrest is goed te begrijpen. Over de rechtmatigheid van een bestemmingsplan en meer in het algemeen van planologische besluiten gaat de bestuursrechter exclusief, ook over de betekenis die in dat verband aan een bestemmingsplanovereenkomst toekomt. Maar over de vraag of schadevergoeding wegens niet nakoming van de overeenkomst op haar plaats is, gaat de burgerlijke rechter. Slaagt een beroep tegen het bestemmingsplan niet, dan heeft de teleurgestelde burger nog de mogelijkheid een vordering uit wanprestatie bij de burgerlijke rechter in te stellen. Ik merk op dat in dit systeem van bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter wel het risico ingebakken zit dat de burgerlijke rechter tot een andere uitleg komt van de overeenkomst in kwestie dan de bestuursrechter, die eerst aan bod komt. De situatie kan zich voordoen dat de bestuursrechter bijvoorbeeld een afspraak aanmerkt als een inspanningsverplichting, terwijl de burgerlijke rechter er een resultaatsverplichting in ziet.

Dat dit geringe risico bestaat, behoeft niet mee te brengen dat de bestuursrechter terug zou moeten keren tot de opvatting die blijkt uit de uitspraak uit 2005 die ik hierboven besprak. In die uitspraak overwoog de bestuursrechter dat de uitleg van een privaatrechtelijke overeenkomst in een bestemmingsplanprocedure niet aan de orde kon komen. Ik denk dat de bestuursrechter een overeenkomst – waar nodig – wel moet uitleggen. Anders kan hij immers niet nagaan of de gemeenteraad bij de vaststelling van het bestemmingsplan daarmee wel voldoende rekening heeft gehouden. De overeenkomst in het geval van het tracébesluit werd door de Afdeling zonder terughoudendheid uitgelegd.

Ik trek nog een conclusie. Voor de betekenis van een bevoegdhedenovereenkomst in een bestemmingsplanprocedure maakt het niet veel uit of de verplichtingen voor de gemeente als inspanningsverplichtingen of als resultaatsverplichtingen zijn geformuleerd. De raad houdt de vrijheid om, mits op goede gronden, tot een ander besluit te komen.

Voor de vordering tot schadevergoeding wegens toerekenbare niet-nakoming maakt een resultaatsverplichting of een inspanningsverplichting mogelijk wel verschil.

8 Dick's 'buitengewoon moeilijke' competentieprobleem

Het is interessant te zien hoe Dick Lubach in zijn proefschrift aankeek tegen de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter als het gaat om de naleving van bevoegdhedenovereenkomsten. Aan het slot van zijn proefschrift stelde hij 'dat deze competentievraag buitengewoon moeilijk tot een bevredigende oplossing is te brengen'. Hij gaf te kennen wel meer ruimte te willen zien voor de bestuursrechter om over beleidsovereenkomsten te oordelen. Ik stel vast dat het daar maar in beperkte mate van is gekomen. Maar Afdeling bestuursrechtspraak en HR hebben inmiddels wel gezamenlijk rechtspraak ontwikkeld waarvan het resultaat (in ieder geval als het gaat om de bestemmingsplanovereenkomst) een goed werkbaar systeem lijkt. In een zin samengevat: het is aan de bestuursrechter om te bepalen of de gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan mag of zelfs moet afwijken van een overeenkomst dan wel daar geen goede gronden voor heeft en het is aan de burgerlijke rechter om te bepalen of en zo ja tot welk bedrag een gemeente aansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van het niet nakomen van de overeenkomst. Ik denk dat dit voor de door Dick destijds als 'buitengewoon moeilijk' getypeerde competentievraag een bevredigende oplossing genoemd mag worden.

14 De beleidsovereenkomst 32 jaar later

Gerrit van der Veen

1 Inleiding

Dick Lubach kende ik vooral van de rode Saab 900 classic cabriolet, waarmee hij vanuit het (voor ons) Hoge Noorden naar ons kantoor in Breda kwam om ons bij te praten over actuele zaken uit het omgevingsrecht. Of het aan de invloed van Dick heeft gelegen, weet ik niet, maar tegenwoordig heb ik zelf een zwarte Saab 900 classic cabriolet en vertoef ik geregeld in het Hoge Noorden, om studenten bij te praten over het omgevingsrecht. Ik reis dan overigens niet met de Saab, want die past wat minder bij het eco-bewustzijn dat mijn kantoor tegenwoordig probeert uit te dragen.

Ik deel in Groningen een kamer met Dick, en daar hebben we het dan uiteraard onder meer over de klassieke Saabs. Helaas, Saab is niet meer vitaal. Ik zal het daarom op deze plaats niet zozeer over het wonder van Trollhättan hebben. Ik wil het vooral hebben over een andere klassieker van Dick. Dat is de beleidsovereenkomst. Het onderwerp van Dicks dissertatie uit 1982 is nog wel in de kracht van zijn leven.¹

Met klassiekers valt veel te doen. Dat geldt niet alleen voor de oude Saab,² maar ook voor de beleidsovereenkomst. Circa 32 jaar na dato biedt het afscheid van Dick aanleiding om binnen het bestek van deze bundel en dus beknopt in te gaan op enkele aspecten van de beleidsovereenkomst, die Dick aan de orde stelde.

Ik behandel twee onderwerpen: de toelaatbaarheid van beleidsovereenkomsten en de publiekrechtelijke normering daarvan. Ik doe dat in beide gevallen, door eerst de visie van Dick te memoreren, vervolgens te bezien waar Dick zonder meer gevolgd is en daarna, waar dat minder is gebeurd. Ik rond af met een kort slotwoord.

Bij één en ander hanteer ik overigens de term beleidsovereenkomst in de inmiddels (in mijn optiek) gangbaar geworden beperkte betekenis. Dat is niet wat Dick deed. Onder de term beleidsovereenkomst schaarde Dick zowel de overeenkomsten over het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden, als over het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden. Hoewel beide typen dus net zo goed allebei 'bevoegdhedenovereenkomsten' zouden kunnen worden genoemd, lijkt het erop, dat de term bevoegdhedenovereenkomst thans alleen bestemd wordt voor de overeenkomsten met betrekking tot publiekrechtelijke bevoegdheden.³ Onder de beleidsovereenkomsten worden thans doorgaans alleen de overeenkomsten over privaatrechtelijke bevoegdheden geschaard. Die laatste overeenkomsten, en dus beleidsovereenkomsten 'in enge zin', staan in dit stuk centraal. De literatuur en jurisprudentie hebben Dick overigens wel gevolgd waar

1 D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 1982.

2 <http://www.kcperformance.eu/nl/onze-projecten/article/25-saab-900-classic-cabriolet-2-0t.html?lang=nl> en meer in het algemeen: <http://www.s9c.eu/nl/>.

3 Zie onder meer P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: BJu 2012.

het gaat om het gebruik van de term 'overeenkomst' en de daaraan inherente belangrijke rol van het civiele recht.⁴

2 De toelaatbaarheid van de beleidsovereenkomst

Lubach

In zijn dissertatie bespreekt Lubach de jurisprudentie en de diverse opvattingen in de literatuur over de toelaatbaarheid van de beleidsovereenkomst.⁵ De Hoge Raad hing toen nog nagenoeg onbepaald de twee-wegenleer aan. Dat deed de duidelijkheid van de jurisprudentie wel veel goed, maar leverde stelselmatige kritiek op. Lubach onderscheidde de volgende punten van kritiek. Bij een beleidsovereenkomst (in de enge zin) werden allereerst de publiekrechtelijke waarborgen voor de medecontractant doorkruist. Dat gold – ten tweede – ook voor derden. Verder – ten derde – werd de wettelijke competentieverdeling tussen openbare lichamen doorkruist en ten slotte werd de bevoegdheid van de wettelijke vertegenwoordigende lichamen doorkruist. In navolging van anderen vond Lubach dat aan de keuzevrijheid tussen privaat- en publiekrechtelijke weg grenzen moesten worden gesteld, zowel op grond van de eerste twee argumenten, zijnde vooral rechtsbeschermingsargumenten, als op grond van de laatste twee, die meer institutioneel of organisatorisch van aard zijn.⁶

Lubach besprak de verschillende doorkruisingspunten. Bij de vraag naar de bescherming van de wederpartij stelde hij onder meer dat het afhangt van de vraag of een publiekrechtelijke regeling exclusief is. Is de regeling exclusief, dan mag de overheid in een beleidsovereenkomst geen aanvullende eisen stellen. Is de publiekrechtelijke weg niet exclusief, dan mag de mogelijkheid van aanvulling worden aangenomen, maar dan alleen als publiekrechtelijk getinte procedurele waarborgen in acht worden genomen en als mede getoetst wordt aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat laatste was in die tijd nog geen gemeengoed.⁷

Bij de bescherming van de derden lijkt Lubach iets minder stellig. Hij constateert dat de jurisprudentie uit zijn tijd de derde niet te hulp komt, en dat er wettelijke voorzieningen wenselijk zijn. Zo'n wettelijke voorziening zou kunnen bestaan uit een verplichting om derden te betrekken bij een procedure die leidt tot het sluiten van een overeenkomst.⁸

Lubach is ten slotte vrij kort over de institutionele of organisatorische aspecten. Bij de mogelijke doorkruising van de bestuurlijke bevoegdheidsverdeling acht hij bepalend, welke ruimte de betreffende publiekrechtelijke regeling de lagere overheden laat. Indien blijkt dat de regeling exclusief is, is voor aanvulling langs privaatrechtelijke weg geen plaats.⁹ De mogelijke doorkruising van de bevoegdheden van vertegenwoordigende li-

4 Van een andere opvatting getuigt A.Q.C. Tak in zijn bespreking van Lubachs dissertatie in *RM Themis* 1983, p. 495.

5 Lubach, diss., p. 135.

6 Lubach, diss., p. 142.

7 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/346, m.nt. Brunner, *AB* 1981/396, m.nt. Crinle Le Roy (Ockenburg) leerde in ieder geval dat bij eenzijdige privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening (zoals contractswegering of eigendomsuitoefening) de enkele schending van een beginsel van behoorlijk bestuur niet voldoende grond opleverde om die beslissing als onrechtmatig te kwalificeren.

8 Lubach, diss., p. 170.

9 Lubach, diss., p. 172.

chamen acht hij ten slotte geen groot probleem, in het bijzonder omdat de vertegenwoordigende lichamen hun toezicht op de uitvoerende macht kunnen uitoefenen.¹⁰

Waar is Lubach zonder meer gevolgd?

Thans kennen wij ter beperking van de twee-wegenleer de bekende leer van de onaanvaardbare doorkruising. De term doorkruising vonden wij al uitgebreid bij Lubach, maar de Hoge Raad heeft die term niet direct omarmd. Het heeft nog tot ongeveer acht jaar na Lubachs dissertatie geduurd, voordat de Hoge Raad met het concept van de doorkruising stevige beperkingen aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid stelde. Dat kon ook bij beleidsovereenkomsten gebeuren, want in het welbekende Windmill-arrest ging het – in de bewoordingen van de Hoge Raad – zeer in het algemeen om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen.

Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet onder meer worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg, aldus de Hoge Raad.¹¹

Waar is Lubach minder gevolgd?

Wie dat gedachtengoed op de beleidsovereenkomst toepast, moet constateren dat de Hoge Raad in ieder geval de door Lubach genoemde institutionele of organisatorische aspecten nagenoeg volledig buiten de beschouwingen heeft gehouden. De mogelijke doorkruising van de bestuurlijke bevoegdheidsverdeling is in de jurisprudentie van de Hoge Raad alleen goed uit de verf gekomen, wanneer duidelijke wettelijke bepalingen zo'n doorkruising verboden. Denk aan artikel 122 Woningwet, dat het gemeenten verbiedt om langs privaatrechtelijke weg eisen te stellen omtrent de verlening van een bouwvergunning,¹² of om privaatrechtelijke aanvullingen op het Bouwbesluit op te leggen.¹³ Doel van die bepaling was om gemeentelijke regelzucht in aanvulling op de rijksregelgeving te voorkomen en dat is met artikel 122 Woningwet en de daarop volgende jurisprudentie van de Hoge Raad in ieder geval gelukt.

10 Lubach, diss., p. 174.

11 HR 26 januari 1990, AB 1990/408, m.nt. Kleijn, NJ 1991/393, m.nt. Scheltema (Windmill).

12 HR 4 april 2003, AB 2004/60, m.nt. G.A. van der Veen.

13 HR 17 juni 2011, AB 2011/330, m.nt. Van Ommeren (Van Sundert/Breda).

Zonder steun van een dergelijke wettelijke bepaling heeft de Hoge Raad in de bestuurlijke bevoegdheidsverdeling echter geen argument gevonden om de (doorgaans gemeentelijke) overheid te beknotten. Dat is wellicht ook wel begrijpelijk, omdat een loutere wens tot een ordelijke bestuurlijke bevoegdheidsverdeling nog geen dwingende rechtscnorm oplevert. De Hoge Raad is nu eenmaal niet geroepen om bestuurlijke bevoegdheidsverdelingen op eigen initiatief te reorganiseren. De Hoge Raad heeft hoe dan ook weinig met dit – onder meer door Lubach gesignaleerde – probleem gedaan. De kritiek op het gebruik van het privaatrecht door de overheid is op dit punt dus nog steeds niet ondervangen.

Te minder lijkt de jurisprudentie van de Hoge Raad een waakzaamheid tegen doorkruising van de bevoegdheden van vertegenwoordigende lichamen te tonen. Ik had eigenlijk gehoopt om één van de naar mijn indruk toch al beruchtere doorkruisingsarresten ook hier te kunnen bekritisieren, maar dat past hier toch net niet. Ik had elders al gemopperd over het bekende Chidda-arrest, waarin de gemeente via een beding in een beleidsovereenkomst een privaatrechtelijke bestemming van een terrein als ‘haventerrein’ mocht handhaven, terwijl die bestemming publiekrechtelijk al lang en breed achterhaald was.¹⁴ Op basis van de thans bestaande bevoegdheidsverdeling tussen gemeenteraad en college, zou het college over de privaatrechtelijke kant van de zaak zijn gegaan en de raad over het bestemmingsplan. De zaak dateert echter van voor de dualisering. Daarom lag ook de uitoefening van de bevoegdheden uit de beleidsovereenkomst bij de gemeenteraad en kan het arrest niet worden aangehaald als voorbeeld van doorkruising van de bevoegdheden van vertegenwoordigende lichamen.

Wie hier toch kritiek zoekt, kan die echter wel vinden. Het arrest is een voortzetting van het nog bekendere arrest inzake de Kunst- en Antiekstudio Lelystad.¹⁵ Uit dat arrest blijkt in het geheel niet, welk gemeentelijk orgaan daar over de privaatrechtelijke gebruiksbeperkingen op gronden ging. De Hoge Raad leidde uit de wetgeschiedenis van de toenmalige WRO in het algemeen af, dat de wetgever het gebruik van het privaatrecht ter beperking van publiekrechtelijke bestemmingen aanvaard had. De overwegingen van de Hoge Raad nuanceren niet naar de bevoegde gemeentelijke organen. Aangenomen moet dus worden, dat de mogelijke doorkruising van bevoegdheden van de vertegenwoordigende lichamen niet relevant was, in ieder geval niet voor de doorkruising van bevoegdheden binnen één overheidslichaam. Ook in andere arresten vinden wij het punt van de doorkruising van bevoegdheden van vertegenwoordigende lichamen niet terug. Wij moeten dus aannemen dat de door Lubach gememoreerde doorkruising van de bevoegdheden van vertegenwoordigende lichamen geen grote zorg van de Hoge Raad is. Ook hier hanteert de Hoge Raad dus nog steeds weinig beperkingen en laat hij de overheid meer vrijheid, dan op basis van de dissertatie van Lubach verdedigbaar zou zijn.

Dan de door Lubach genoemde rechtsbeschermingsaspecten van de wederpartij en derden. Doorkruisingsarresten naar aanleiding van procedures van derden tegen beleidsovereenkomsten zijn mij niet bekend. Reeds daarom heeft de Hoge Raad zich (bij

14 G.A. van der Veen, ‘Overheidsovereenkomsten en het specialiteitsbeginsel’, in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (Van Buuren-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 194-195, over HR 24 december 2004, *NJ* 2007/58 m.nt. Hijma, *AB* 2005/58, m.nt. G.A. van der Veen (Chidda).

15 HR 8 juli 1991, *NJ* 1991/691, m.nt. Scheltema, *AB* 1991/659, m.nt. Van der Burg (Kunst- en Antiekstudio Lelystad).

mijn weten) niet over dat punt uitgelaten. Ook hier is Lubach dus niet door de Hoge Raad gevolgd. Dat had Lubach waarschijnlijk al voorzien, door te constateren dat de burgerlijke rechter niet zoveel mogelijkheden heeft om derden ter wille te zijn. Daarom suggereerde Lubach een wettelijke regeling. Die is er niet gekomen en er zijn bij mijn weten geen vooruitzichten op verandering.

De aandacht voor de doorkruising van rechtsbeschermingsaspecten van de wederpartij begon goed in het Windmill-arrest, waar de Hoge Raad specifiek aandacht voor dat punt vroeg. Het leek er even op dat het loutere bestaan van een publiekrechtelijke weg met publiekrechtelijke rechtsbescherming al zou leiden tot een oordeel van onaanvaardbare doorkruising. Het is anders gelopen. Kort samengevat, kan van onaanvaardbare doorkruising in verband met de bescherming van de belangen van burgers enkel en alleen sprake zijn, wanneer in de betrokken publiekrechtelijke regeling specifieke waarborgen voor die burgers zijn opgenomen. Het enkele feit dat de bestuursrechtelijke procedure prettiger voor de burger kan zijn, desavouereert de privaatrechtelijke weg niet.¹⁶

Als wij zo op detailniveau kijken, dan lijkt het er op, dat de door Lubach genoemde doorkruisingsaspecten maar matig in de jurisprudentie van de Hoge Raad over beleids-overeenkomsten terug te vinden zijn. Dat hoeft niet te verbazen, waar het gaat om de institutionele of organisatorische aspecten. De Hoge Raad is niet de instantie voor wijziging van het staatsbestel. De Hoge Raad zou wel meer hebben kunnen doen met de rechtsbescherming, in het bijzonder van de wederpartij. Dat is echter niet zo vaak gebeurd; de nadruk van de Hoge Raad is in de circa 24 jaar sinds Windmill komen te liggen op de inhoud en strekking van de wet.¹⁷ Zo gezien, heeft de Hoge Raad zich ondanks de breed geformuleerde doorkruisingsformule uiteindelijk nogal legistisch opgesteld, door grote nadruk op de inhoud en strekking van de wet te leggen en andere aspecten wat te laten ondersneeuwen. Geconcludeerd kan dan ook worden, dat Lubach een aanzienlijk verderstrekkende visie had dan de Hoge Raad tot dusverre heeft waargemaakt.

3 De publiekrechtelijke normering van de beleidsovereenkomst

Lubach

Lubach stelt in zijn dissertatie dat voor het op beleidsovereenkomsten toepasselijke materiële recht bepalend is dat de overeenkomst wordt gehanteerd als beleidsinstrument door de overheid en niet de kwalificatie van die overeenkomst als publiek- of privaatrechtelijk. Dat de beleidsovereenkomst functioneert als instrument van overheidsbeleid is volgens Lubach wezenlijk voor de aard van de rechtsverhouding en daarmee voor het toepasselijke materiële recht.¹⁸ Hij noemt in dat verband onder meer het beginsel van de wetmatigheid van bestuur en vindt verder dat de beleidsovereenkomst getoetst dient te worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

16 HR 7 mei 2004, *AB* 2004/247, m.nt. G.A. van der Veen, *NJ* 2005/23, m.nt. Van Wijmen.

17 Zie voor beleidsovereenkomsten bijvoorbeeld HR 21 september 2012, *AB* 2013/220, m.nt. Van Ommeren, *NJ* 2012/533 (Cohabitat/Lisse) en HR 14 april 2006, *AB* 2006/198, m.nt. G.A. van der Veen & J.J. Hoekstra, *NJ* 2006/445, m.nt. Mok (Doetinchem/Rietbergen).

18 Lubach, diss., p. 102.

Lubach constateert dat het beginsel van de wetmatigheid van bestuur in het bijzonder problematisch is bij de beleidsovereenkomsten over privaatrechtelijke bevoegdheden. Hij ziet als remedie tegen dat probleem met name de door hem besproken doorkruisingsvragen. Het legaliteitsbeginsel als zodanig stelt Lubach echter niet centraal.

De omstandigheid dat het bij beleidsovereenkomsten gaat om publieke belangenbehartiging, brengt volgens Lubach met zich dat het gebruik van beleidsovereenkomsten, evenals de hantering van meer klassieke beleidsinstrumenten zoals de beschikking, dient te worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is volgens Lubach onder meer van belang voor de precontractuele verhoudingen, voor de bepaling van de grenzen van de beleidsovereenkomst en voor de vraag naar de gebondenheid aan de overeenkomst. Voor het vraagstuk van de contractsweigering is volgens Lubach met name van betekenis de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het formeel zorgvuldigheidsbeginsel.¹⁹

Waar is Lubach zonder meer gevolgd?

Met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is het vrij snel goed gekomen en heeft de Hoge Raad Lubach ten volle gevolgd. Binnen vijf jaar na Lubachs dissertatie oordeelde de Hoge Raad dat een overheidslichaam bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel in acht heeft te nemen. De Hoge Raad verwierp het betoog van de gemeente dat het gelijkheidsbeginsel slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf.²⁰ Het gelijkheidsbeginsel is ook nadien wel aan de orde gekomen, ook in combinatie met het motiveringsbeginsel. Zo mocht de gemeente bij de uitgifte van gronden binnen hetzelfde bestemmingsplan een onderscheid in prijzen tussen de eerste gegadigde en een andere gegadigde in prijzen maken, indien de gemeente dat zonder schending van het gelijkheidsbeginsel kon doen. Dat kon volgens de Hoge Raad wanneer de gemeente een redelijke verklaring kon geven voor een ongelijke behandeling.²¹ Ook verder heeft de Hoge Raad getoetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Verrassend is dan nog dat zelfs de Hoge Raad heeft gezondigd tegen de basisregel, dat men het in een procedure niet over 'de' algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet hebben, maar behoort aan te geven welk beginsel dan in concreto geschonden is.²²

Waar is Lubach minder gevolgd?

Het ook door Lubach genoemde beginsel van de wetmatigheid van bestuur is tot de dag van vandaag niet of nauwelijks als algemeen beperkend beginsel voor de beleidsovereenkomst aanvaard.²³ Op het vlak van kostenverhaal in het kader van de ruimtelijke orde-

19 Lubach, diss., p. 117.

20 HR 27 maart 1987, AB 1987/273, m.nt. Van der Burg, NJ 1987/727, m.nt. Scheltema (Amsterdam/Ikon).

21 HR 18 maart 2005, AB 2005/408, m.nt. Van Ommeren & G.A. van der Veen, NJ 2005/163 (Lichtenvoorde/Dusseldorp).

22 HR 24 april 1992, AB 1992/542, NJ 1993/232 m.nt. Scheltema (Zeeland/Hoondert).

23 Sinds P. de Haan, 'Wetmatigheid van bestuur: eis of beginsel?', BR 1998, p. 631 is er op dit punt niet zoveel veranderd.

ning heeft de Hoge Raad soms uitspraken in die richting gedaan.²⁴ Daarbuiten speelt het beginsel geen rol van betekenis. Daar moeten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur soms soelaas bieden, in het bijzonder wanneer het bestuur via het privaatrecht een soort hertoetsing van publiekrechtelijk al afgewogen argumenten onderneemt.

In het arrest Amsterdam/Geschiere ging het om een gemeentelijke weigering tot het gebruik van gemeenteground, terwijl het college van burgemeester en wethouders al eerder een vergunning tot het innemen van een standplaats had verleend. Volgens de Hoge Raad moest de gemeente na de verlening van die vergunning tot uitgangspunt nemen dat de houder van de vergunning gerechtigd was tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Als de gemeente dat gebruik dan toch privaatrechtelijk weigerde, dus door geen beleidsovereenkomst ter zake te sluiten, dan pleegde de gemeente misbruik van bevoegdheid, tenzij sprake was van zo zwaarwegende belangen die zich verzetten tegen dat gebruik, dat niet gezegd kan worden dat de gemeente wegens onevenredigheid tussen haar belang bij weigering en het belang van verweerder, niet tot die weigering heeft kunnen komen. Een weigering op basis van argumenten die publiekrechtelijk al waren afgewogen, was echter niet aanvaardbaar. Dat leverde misbruik van bevoegdheid op.²⁵

Het is de vraag of het beginsel van wetmatigheid van bestuur ooit nog verdergaande effecten op beleidsovereenkomsten zal hebben. Als ik het goed zie, kwam Lubach er niet helemaal uit en dat doe ik ook niet. Het gaat nog steeds om tweezijdige privaatrechtelijke rechtshandelingen. Behoudens andersluidende specifieke wettelijke voorschriften, is daarvoor geen publiekrechtelijke wettelijke grondslag nodig en geldt dus nog steeds als basis de ook door Lubach genoemde contractsvrijheid.²⁶ Die contractsvrijheid verdraagt zich slecht met het doelgebonden karakter van bestuursrechtelijke bevoegdheden en het daarmee samenhangende beginsel van wetmatigheid van bestuur.

Zolang de wetgever geen reden ziet om in te grijpen, zal dus per geval bezien moeten worden, of uit een publiekrechtelijke regeling en/of een op basis daarvan genomen besluit een beperking op de bevoegdheid tot het sluiten van een beleidsovereenkomst voortvloeit. Zo'n beperking mag niet al te snel worden aangenomen. De Hoge Raad stelt namelijk nog steeds voorop dat een publiekrechtelijke bevoegdheid tot verlening van een vergunning of ontheffing moet worden onderscheiden van de privaatrechtelijke bevoegdheid om bijvoorbeeld toestemming te geven voor het gebruik van overheidseigendommen. De publiekrechtelijke regeling is doelgebonden en publiekrechtelijk gereguleerd, waarbij de vergunning of ontheffing verleend wordt na afweging van de betrokken belangen die de publiekrechtelijke regeling beoogt te behartigen. Zo'n vergunning of ontheffing brengt dan ook niet zonder meer een privaatrechtelijke toestemming met zich. Die toestemming moet op zijn eigen merites beoordeeld worden.²⁷ Wij wisten al, dat er daarbij geen hertoetsing van publiekrechtelijk reeds afgekaarte elementen mocht plaatsvinden, maar voor het overige legt de Hoge Raad weinig beperkingen op.

24 HR 6 januari 2006, *AB* 2006/218, m.nt. G.A. van der Veen & E.W.J. de Groot, *NJ* 2006/301, m.nt. Van Wijmen (Beuninghen/ Blankenburg).

25 HR 5 juni 2009, *NJ* 2009/255, *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen (Amsterdam/Geschiere).

26 Lubach, diss., p. 132.

27 HR 9 november 2012, *AB* 2013/1, m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, *NJ* 2012/639 (Götte).

4 Slotwoord

In het bovenstaande ben ik ingegaan op (slechts) twee punten van de belangwekkende dissertatie van Dick Lubach over beleidsovereenkomsten, die nu al 32 jaar relevantie heeft. Ik heb gezien, in hoeverre Dicks gedachtengoed is opgevolgd bij de vragen naar de toelaatbaarheid van beleidsovereenkomsten en de publiekrechtelijke normering daarvan. Wie in het bovenstaande alleen de omvang van paragrafen zou bezien, zou vlot tot de conclusie kunnen komen dat Lubach meer niet dan wel is gevolgd. Dat is echter een oppervlakkige en onjuiste conclusie. Dick is op principiële punten geheel of gedeeltelijk door de Hoge Raad gevolgd, en dat kan bepaald niet iedereen Dick nazeggen. Dat de Hoge Raad dat gedaan heeft, hoeft niet veel woorden te kosten. De Hoge Raad heeft echter zelfs Dick niet overal gevolgd. Zo blijft de door Dick als prangend punt gesignaleerde wetmatigheid van bestuur nog een punt van aandacht. Ik verwacht het zelf niet, maar wellicht komt het toch nog eens een keer tot een revitalisering van dat concept. Zelfs de klassieke Saab wordt immers gerevitaliseerd,²⁸ en ook dat zou Dick moeten behagen!

28 <http://www.saabyoungtimerlease.com/>.

15 Overheidseigendom van zaken met een publieke bestemming

Nut en noodzaak van een eigendomsfiguur aan de publiekrechtelijke zijde van de magische lijn

Constantijn Hageman

1 Inleiding

Het zijn zonder twijfel de inspirerende Groningse colleges van Dick Lubach geweest, die mij nog niet zo lang geleden deden besluiten een afstudeerscriptie over een onderwerp op het grensvlak van publiek- en privaatrecht te willen schrijven. Toentertijd meer geestdriftig dan terzake kundig, koos ik het onderwerp dat mij van alle het meest obscuur scheen: de overheidseigendom van onroerende openbare zaken. Een echt 'Dick-onderwerp', zo werd mij later toevertrouwd! Inderdaad, zulks bleek het geval. Zeer verheugd was ik toen Dick Lubach het voorstel niet alleen levensvatbaar achtte, maar zich tevens bereid verklaarde om als begeleider op te treden. Van deze taak heeft hij zich op niet minder inspirerende wijze gekweten.

Met de overheidseigendom van openbare zaken lijkt op het eerste gezicht niet veel bijzonders aan de hand. Naar huidig recht wordt de overheid geacht van deze zaken, van oudsher aangeduid als het *publiek domein*, 'gewoon' privaatrechtelijk eigenaar te zijn voor zover de publieke bestemming zich hiertegen niet verzet.¹ De uitoefening van de eigendom ondervindt echter van deze bestemming, alsook van de bijzondere hoedanigheid van de overheid als eigenares, de nodige beperkingen die het toepasselijke recht aanmerkelijk kunnen compliceren.

In deze bijdrage wordt, in het verlengde van de voltooide scriptie, nader ingegaan op enkele aspecten omtrent de vraag of een publiekrechtelijk eigendomsrecht inzake de overheidseigendom van openbare zaken naar huidig recht overweging verdient.² Hiertoe wordt aangevangen met de (rechts)historische wortels van de eigendom in relatie tot de onderscheiding tussen publiek- en privaatrecht, waarna enige aandacht wordt besteed aan de (fundamentele) discussie die in het recente verleden omtrent het karakter van overheidseigendom in de Nederlandse rechtsliteratuur is gevoerd. Vervolgens wordt de huidige privaatrechtelijke beperkingensystematiek inzake de overheidseigendom van openbare zaken besproken. Besloten wordt met een evaluatie van denkbare publiekrechtelijke alternatieven, waarbij ook enige aandacht wordt besteed aan het Franse recht als het meest ontwikkelde rechtsstelsel op dit punt.

1 H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 11.

2 Zie voor een beknopte weergave van de scriptie C.P. Hageman, 'Overheidseigendom van (onroerende) openbare zaken: tijd voor een publiekrechtelijk eigendomsrecht?', *TBR* 2013/173.

2 Eigendom in historisch perspectief

De huidige privaatrechtelijke benadering van overheidseigendom van openbare zaken heeft het Nederlandse recht niet altijd gedomineerd. Als gevolg van de Franse overheersing was het BW van 1838 sterk op de Code civil geënt. Ingang vond zo ook de op de Franse theorie inzake het *domaine public* gestoelde opvatting, volgens welke de overheidseigendom van openbare zaken van een andere aard moest worden geacht dan de in artikel 625 BW (oud) vervatte particuliere eigendom.³

De Franse leer inzake het *domaine public* kwam niet geheel uit de lucht vallen. Met de Franse revolutie was de feodale verbinding tussen *imperium* (overheidsgezag) en *dominium* (grondeigendom) definitief verbroken. Hierdoor kwamen de goederen waarover de vorst ten tijde van het *Ancien régime* op persoonlijke titel had beschikt – het zogeheten *domaine de la Couronne* ofwel kroondomein – aan de soevereine staat te vervallen.⁴ Tegelijkertijd werd de eigendom van alle (vorstelijke) hoogheidsrechten gezuiverd, om de burgers als de meest volstreckte beschikkingsbevoegdheid en het vrije genotsrecht over het object van de eigendom ten goede te komen. Deze kenmerken van absoluteitheid en exclusiviteit vonden hun uitwerking in artikel 544 Cc, dat met artikel 625 BW (oud) vertaald werd als ‘het regt om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrecktste wijze te beschikken’. Beperkingen van overheidswege konden slechts nog bij of krachtens de wet worden gesteld, hetgeen van een tegenover de staat afgebakend, particulier eigendomsrecht blijk geeft.⁵

In lijn met de onderscheiding tussen eigendom en soevereiniteit ligt de idee dat de overheid in elk geval over zaken met een publieke bestemming geen (particulier) eigendomsrecht, maar slechts publiekrechtelijke bevoegdheden kan uitoefenen. Steun voor deze opvatting bood ook artikel 538 Cc, dat enkele zaken noemt die tezamen met de ‘niet voor privé-eigendom vatbare zaken’ van het *domaine public* deel uitmaken. Veel aanhang kreeg in Frankrijk de hierop gebaseerde en door de jurist Proudhon gepopulariseerde theorie die het *domaine public* van het *domaine privé* van de overheid onderscheidt, en daarop een publiekrechtelijk regime van toepassing acht dat voor het regime van de eigendom in de plaats treedt waar het zaken betreft die bestemd zijn voor direct gebruik door het publiek of de openbare dienst.⁶

Artikel 577 BW (oud) vormde het Nederlandse equivalent voor artikel 538 Cc. Het gaf een opsomming van de zaken die werden geacht aan de staat te behoren. Op basis van deze bepaling vond de door Thorbecke geïmporteerde theorie van Proudhon ingang in de Nederlandse doctrine en jurisprudentie. De eigendomsgedachte werd in ons recht

3 J.H.A. Lokin, ‘De receptie van de Code civil in de Noordelijke Nederlanden’, *GROM* 2004, p. 1-15; L. Hardenberg, ‘De ‘eigendom’ van de staat’, in: C. Streefkerk & S. Faber, *Tër recognitie: opstellen aangeboden aan prof. mr. H. van der Linden*, Hilversum: Verloren 1987, p. 341-342.

4 Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif. Tome 2. Droit administratif des biens*, Parijs: LGDJ 2011, p. 12, 44-46; H. Saugez, *L'affectation des biens à l'utilité publique: Contribution à la théorie générale du domaine public* (diss. Orléans), Université d'Orléans 2012, p. 13-14, 36.

5 J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleeft van de staat: beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 105-106; G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom: grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer: Kluwer 1979, p. 29-30; Hardenberg 1987, p. 341-342, 354-355.

6 Gaudemet 2011, p. 6, 46-47; Saugez 2012, p. 71-73; R. Chapus, *Droit administratif général. Tome 2*, Parijs: Montchrestien 1994, p. 326-328.

echter nooit geheel afgewezen: het 'toebehoren' aan de staat werd geacht een bijzondere, publiekrechtelijke vorm van eigendom te betreffen. Tot deze 'Franse flirt' heeft het Nederlandse recht zich echter niet langdurig laten verleiden. Aan het begin van de twintigste eeuw heeft de Hoge Raad het uitgangspunt van de privaatrechtelijke eigendom omarmd, hetgeen het Nederlandse recht op een eigen, privaatrechtelijke koers bracht.⁷

3 Fundamentele stellingnames omtrent het karakter van overheidseigendom

In het laatste decennium van de afgelopen eeuw is door verschillende auteurs opnieuw een publiekrechtelijke benadering van de overheidseigendom van openbare zaken bepleit.⁸ Achtergrond voor deze opvattingen vormde de bredere discussie die in de literatuur over de algehele toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen werd gevoerd.

Geruime tijd gold bij ons te lande de leer dat het privaatrecht als 'gemeen recht' eveneens geschikt is om de verhouding tussen overheid en burgers te reguleren. Privaatrechtelijk overheidshandelen werd in dit licht weinig bezwaarlijk geoordeeld, zelfs als de overheid tevens beschikte over publiekrechtelijke bevoegdheden: zij had dan ingevolge de 'tweewegenleer' een keuzevrijheid tussen beide 'wegen' zolang de publiekrechtelijke bepaling het privaatrechtelijk handelen niet uitdrukkelijk uitsloot. De geleidelijke volgroeiing van het bestuursrecht heeft de nodige kritiek op deze opvattingen doen ontstaan. Hierdoor heeft de gemene rechtsleer het veld geruimd voor de heden aangehangen 'gemengde rechtsleer'. Deze gaat ervan uit dat publiek- en privaatrecht gelijktijdig het overheidshandelen kunnen beheersen. Een bevestiging hiervan geeft artikel 3:14 BW, dat in de jurisprudentie als grondslag fungeert voor de toetsing van privaatrechtelijk overheidshandelen aan de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁹ De tweewegenleer is door de Hoge Raad voorts van een nuancering voorzien met de doorkruisingsformule. Hierdoor geldt privaatrechtelijk overheidshandelen bij gebrek aan enig uitdrukkelijk verbod ook als ongeoorloofd wanneer de publiekrechtelijke bepaling onaanvaardbaar wordt doorkruist.

Het privaatrechtelijk overheidshandelen ondervindt aldus de nodige inperking en regulering om te voorkomen dat een met waarborgen omklede publiekrechtelijke weg eenvoudig via het privaatrecht kan worden omzeild. De bevoegdheid tot privaatrechtelijk overheidshandelen zelf wordt evenwel nog steeds in beginsel voorondersteld. Auteurs van de zogenoemde 'Maastrichtse school' hebben hier tegen principiële bezwaren geuit. Het privaatrecht achten zij voor overheidsgebruik naar zijn aard in beginsel ongeschikt, omdat het in tegenstelling tot het publiekrecht geen bevoegdheden toekent maar slechts erkent en reguleert. Om deze reden zou het legaliteitsbeginsel niet louter als formele eis van een wettelijke grondslag moeten worden opgevat, maar veeleer als de eis van een materiële (en dus publiekrechtelijke) grondslag. Zo beschouwd creëert het ont-

7 G.A. van der Veen, *Openbare Zaken. Betekenis van het aloude publiek domein na vestiging van het primaat van het publiekrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1997, p. 78-87.

8 G.E. van Maanen, 'Van de vogelen des hemels en de stranden der zee. Publiek domein en ander overheidseigendom', *WPNR* 1992/6074, p. 970-977; Teunissen 1996, p. 132-134, 240-250; A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's Gravenhage: VUGA Uitgeverij 1997, p. 241-247.

9 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 517-518.

lenen van zelfstandige bevoegdheidsgrondslagen aan het BW een legaliteitsprobleem, dat door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de doorkruisingsformule niet wordt ondervangen.¹⁰

Als oplossing is door Tak de ‘invullende rechtsleer’ voorgesteld. Deze gaat ervan uit dat de overheid, wanneer publiekrechtelijke bevoegdheden tekortschieten, slechts ter invulling van een reeds aanwezige (ongeschreven) publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag kan teruggrijpen op in het BW neergelegde regels, indien deze als aan het publiek- en privaatrecht ‘gemeenschappelijk’ kunnen worden beschouwd.¹¹ Past men deze leer toe op de overheidseigendom van openbare zaken, dan valt een principiële voorkeur voor een zuiver publiekrechtelijke benadering te verklaren. Het ‘invullend’ hanteren van artikel 5:1 BW stuit namelijk op de moeilijkheid dat een algemene publiekrechtelijke bevoegdheid ten aanzien van openbare zaken niet op een wettelijke grondslag te baseren valt. Overeenkomstig de oude Franse leer inzake het *domaine public* moet de overheid dan worden verondersteld uit hoofde van haar soevereiniteit over deze zaken te beschikken.¹² Niet de wet, maar de voor publiek gebruik bestemde overheidsgoederen zelf fungeren dan als bron van overheidsbevoegdheid. Omdat bestaan en inhoud van deze ongeschreven publiekrechtelijke ‘eigendom’ geheel door de openbare bestemming van deze zaken worden ingegeven, zou de eis van een op formele wet of grondwet te herleiden bevoegdheid niet hoeven te worden gesteld.¹³ Van dit ongeschreven publiekrechtelijke regime worden de ‘eng privaatrechtelijke’ regels van boek 5 BW vervolgens geacht dermate te verschillen, dat een wettelijke of jurisprudentiële inkadering in het bestuursrecht door Tak boven een invulpoging wordt geprefereerd.¹⁴

4 Modificaties van het eigendomsrecht: de huidige beperkingensystematiek

De algehele afwijzing van de privaatrechtelijke overheidseigendom van openbare zaken die Tak (mede) op zijn invullende rechtsleer baseert, heeft in de doctrine en jurisprudentie weinig navolging gekregen. Toch lijkt de gedachte dat het eigendomsrecht van artikel 5:1 BW niet als figuur van ‘gemeenschappelijk recht’ moet worden beschouwd, niet zo vergezocht. De kenmerken van absoluteitheid en exclusiviteit zijn ten opzichte van artikel 625 BW niet richting een meer collectief eigendomsrecht afgezwakt. Wel heeft de absolute positie van de eigenaar in de afgelopen twee eeuwen een verregaande erosie van wetgeving en jurisprudentie ondervonden, veelal vanuit een streven de eigenaar met het algemeen belang en anderen rekening te doen houden.¹⁵ Het eigendomsrecht is daarmee echter nog geen limitatieve opsomming van beperkte bevoegdheden geworden. De publieke hoedanigheid van de overheid en de publieke bestemming vergen nog steeds een bijzondere toepassing van het ‘gecollectiveerde’ eigendomsrecht. De vraag is gerechtvaardigd of de huidige privaatrechtelijke beperkingensystematiek in deze ‘modificatie’

10 Tak 1997, p. 105-113; M.A. Heldeweg, ‘De Maastrichtse school. Dimensies van (de beoefening van) het bestuursrecht’, in: M.A. Heldeweg, E.C.H.J. van der Linden & R.J.N. Schlössels, *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, Den Haag: Sdu 1999, p. 1, 6-12.

11 Tak 1997, p. 116-117; Teunissen 1996, p. 325.

12 Tak 1997, p. 240-244.

13 Tak 1997, p. 240-244; J.M.H.F. Teunissen, ‘Publiek domein en de legaliteitseis’, *Gst.* 2009/47, par. 5.5-7.

14 Tak 1997, p. 246-247.

15 H. Franken e.a., *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 2003, p. 285-289.

van de eigendom vanuit publiekrechtelijk oogpunt voldoende voorziet, en of niet louter vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtssystematiek een publiekrechtelijke benadering te prefereren valt.

Het eigendomsrecht op openbare zaken ondervindt van oudsher een inperking door het zogenoemde 'leerstuk van de openbare zaken'. Omdat een adequate wettelijke regeling nog immer ontbreekt, valt niet eenduidig vast te stellen op welke zaken dit leerstuk ziet en welke rechtsregels er deel van uitmaken. Wil een eenduidig privaatrechtelijk regime worden onderscheiden, dan moet men onder openbare zaken uitsluitend zaken in de zin van artikel 3:2 BW verstaan die onroerend zijn en bestemd voor een direct gebruik door het publiek. De eigenaar van deze zaken heeft ingevolge de publieke bestemming steeds een duldplicht inzake het gewoon gebruik door het publiek. Alleen bijzonder gebruik kan aan voorafgaande toestemming of voorwaarden worden onderworpen.¹⁶

Mede ten gevolge van de lacuneuze toestand van het geschreven recht is het onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik in de jurisprudentie weinig uitgekristalliseerd. De duldplicht tot gewoon gebruik volgt voor de eigenaar van openbare wegen uit artikel 14 Wegenwet, voor de overige openbare zaken berust deze op ongeschreven recht.¹⁷ In het verleden heeft de Hoge Raad wel aangenomen dat de inhoud van de publieke bestemming van een zaak in overheidseigendom (en daarmee de afgrenzing tussen het gewoon en bijzonder gebruik) mede wordt bepaald door een verleende publiekrechtelijke ontheffing of vergunning ten aanzien van een bepaald gebruik. Inmiddels is deze opvatting weer verlaten, zodat de omvang van het normaal en bijzonder gebruik los moet worden gezien van verleende publiekrechtelijke toestemmingen.¹⁸

De overheid kan echter door het overheidsprivaatrecht wel in de uitoefening van haar eigendomsrecht worden beperkt als zij tevens over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt. Afhankelijk van de wijze waarop publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden samenlopen, valt een tweetal typen gevallen te onderscheiden. Komen twee bevoegdheden samen op eenzelfde object, dan kan men van 'parallelliteit' spreken. Is er sprake van (de uitoefening van) twee of meer bevoegdheden die (gedeeltelijk) dezelfde belangen op het oog (kunnen) hebben, dan doet zich 'concurrentie' voor.¹⁹ Omdat het eigendomsrecht alleen met publiekrechtelijke bevoegdheden kan samenlopen als deze ook (ten dele) op het eigendomsobject zien, is er bij samenloop steeds sprake van parallelliteit. Afhankelijk van het te behartigen belang, kunnen aan de eigendom ontleende bevoegdheden daarnaast tevens met publiekrechtelijke bevoegdheden concurreren.²⁰

Gevalen van samenloop van publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden lijken steeds aan de hand van de doorkruisingsformule te moeten worden beoordeeld. De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen dient immers te worden beoordeeld aan de hand van de inhoud en strekking van een publiekrechtelijke regeling, de mate waarin in het kader daarvan belangen van burgers zijn beschermd en de haalbaar-

16 G.A. van der Veen, 'Openbare zaken en de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & P.C. Adriaanse, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 833, 835-838; Van der Veen 1997, p. 55-56.

17 Van der Veen 2010, p. 837.

18 Van der Veen 2010, p. 837-839; HR 19 mei 2000, *AB* 2000/428, m.nt. Van Buuren (Noordzee).

19 Het onderscheid tussen concurrerende en parallelle bevoegdheden werd als zodanig eerst door Simon en Gieske geïntroduceerd in hun noot onder *ARRvS* 2 juli 1990, *AB* 1991/278, m.nt. Simon & Gieske.

20 In gelijk zin G.T.J.M. Jurgens, 'Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid', *O&A* 2011/2, p. 91-92.

heid van een vergelijkbaar resultaat via het publiekrecht.²¹ Aldus kennen de doorkruisingscriteria een (relatief) ruime betekenis toe aan het publiekrecht.

In het arrest Amsterdam/Geschiere heeft de Hoge Raad anders bepaald. Weigert een overheidsrechtspersoon als eigenares toestemming voor een door een van haar bestuursorganen reeds publiekrechtelijk vergund (bijzonder) gebruik op grond van een belang dat niet bij de publiekrechtelijke afweging kon worden betrokken, dan kan van een doorkruising van de publiekrechtelijke regeling volgens de Hoge Raad geen sprake zijn. De (parallelle) publiekrechtelijke regeling komt alleen nog aan bod ter beoordeling van de vraag of de overheid aldus haar bevoegdheid heeft misbruikt. Als uitgangspunt geldt hierbij dat een privaatrechtelijke toestemmingsweigering voor een publiekrechtelijk vergund gebruik misbruik van bevoegdheid oplevert, tenzij sprake is van zo zwaarwegende belangen die zich tegen dat gebruik verzetten, dat de weigering in relatie tot het belang van de vergunninghouder niet onevenredig is.²² Aldus lijkt de Hoge Raad nauwere aansluiting te zoeken bij het Windmill-arrest, volgens welk de doorkruisingscriteria dienen ter beoordeling van 'de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, *die belangen* [curs. CPH] ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden'.²³ Strikt genomen ziet de doorkruisingsformule daarmee enkel op concurrentie van bevoegdheden.

In het Amsterdam/Geschiere-arrest is het misbruik van bevoegdheid-criterium toegespitst op de overheidseigenaar die tevens een vergunning heeft verleend. Hierdoor blijft er, ondanks het achterwege blijven van de doorkruisingstoets, naast de publiekrechtelijke besluitvorming weinig ruimte over voor een parallelle, niet-concurrerende uitoefening van het eigendomsrecht. Het misbruik van bevoegdheid-criterium lijkt de eigendomsuitoefening echter niet in alle parallelle gevallen zo sterk te beperken. Zo ligt misbruik van bevoegdheid niet snel in de rede als een bepaald publiekrechtelijk vergund gebruik door de overheidseigenaar niet onmogelijk wordt gemaakt, maar aan voorwaarden (zoals het betalen van een vergoeding) wordt verbonden.²⁴ Is privaatrechtelijk toestemming geweigerd voor een gebruik waarvoor de benodigde publiekrechtelijke vergunning nog niet is verleend, dan lijkt misbruik van bevoegdheid in voornoemde zin evenmin aan de orde. Ten slotte rijst de vraag of het eigenaar-overheden die niet tevens vergunningverlener zijn wél vrij staat om niet-publiekrechtelijk meegewogen belangen via het eigendomsrecht te behartigen. Gelet op de formulering van de Hoge Raad in Amsterdam/Geschiere is denkbaar dat alleen de toestemmingsweigering van de overheidsrechtspersoon waartoe het vergunningverlenend bestuursorgaan behoort, misbruik van bevoegdheid oplevert.²⁵

Wat betreft de vraag of het eigendomsrecht vanuit publiekrechtelijk oogpunt door de beperkingensystematiek als geheel voldoende wordt 'gemodificeerd', kan het volgende worden opgemerkt. De duldplicht die de overheid als eigenares van het leerstuk

21 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 (*Windmill*), r.o. 3.2.

22 HR 5 juni 2009, *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*), r.o. 3.4.1-3.4.2.

23 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 (*Windmill*), r.o. 3.2.

24 HR 9 november 2012, *AB* 2013/1, m.nt. Hofman & G.A. van der Veen (*Hoogheemraadschap/Götte*).

25 In gelijke zin Peters in zijn noot onder HR 5 juni 2009, *JB* 2009/171, m.nt. Peters (*Amsterdam/Geschiere*). Zie ook G.A. van der Veen in de tweede overweging van zijn noot onder dit arrest in *AB* 2009/327.

van de openbare zaken ondervindt, vormt als zodanig een consistente beperking. Het overheidsprivaatrecht is in dit licht problematischer. Het beperken van de toepassing van de doorkruisingsformule tot gevallen van concurrentie kan als een (gedeeltelijke) terugkeer naar de tweewegenleer worden gezien. In 'zuiver' parallelle gevallen staat het geschreven publiekrecht een eigendomsuitoefening alleen nog in de weg als daarbij toestemming wordt geweigerd voor een reeds publiekrechtelijk vergund gebruik, of als privaatrechtelijk handelen uitdrukkelijk is uitgesloten. Om verschillende redenen kan dit bezwaarlijk worden geoordeeld. Omdat een privaatrechtelijke toestemmingsweigering voor publiekrechtelijk vergund gebruik in beginsel misbruik van bevoegdheid oplevert, zou de materiële wetgever allereerst in meer ruimte voor het behartigen van eigendomsbelangen kunnen voorzien door parallelle publiekrechtelijke vergunningstelsels inzake het gebruik achterwege te laten.²⁶ Werkt het misbruik van bevoegdheid-criterium alleen tegen de overheidsrechtspersoon waarvan een bestuursorgaan een publiekrechtelijke vergunning heeft verleend, dan kan door andere overheidseigenaren bovendien de publiekrechtelijke bevoegdheidsverdeling worden doorkruist. Aan het bedingen van vergoedingen blijkt een verleende vergunning tenslotte evenmin in de weg te hoeven staan.

In bepaalde gevallen van 'zuivere' parallelliteit normeren aldus enkel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten het privaatrechtelijk overheidshandelen. Een belemmering van eigendomsaanwendungen hoeft dit niet snel op te leveren.²⁷ De beperkende werking die de overheidseigenaar van het publiekrecht ondervindt, kan dus per geval verschillen en is vanuit het oogpunt van de gebruiker per saldo niet toegevoegd.

Wat betreft de rechtszekerheid kan het van oudsher troebele onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik onduidelijkheid voor de eigenaar en gebruiker met zich meebrengen. Daarbij komt de (toegenomen) complexiteit van het overheidsprivaatrecht. In een concreet geval moet thans worden vastgesteld ter behartiging van welk belang een bepaalde samenlopende publiekrechtelijke regeling is gegeven, om te bepalen of de privaatrechtelijke belangenbehartiging misbruik van bevoegdheid of (ook) een onaanvaardbare doorkruising oplevert. Daarbij kunnen beide benaderingen ook cumulatief aan de orde zijn als zowel zuiver parallelle als concurrerende publiekrechtelijke bevoegdheden met de eigendomsuitoefening samenlopen.

5 Publiekrechtelijke alternatieven

Met het oog op de beperkte voorspelbaarheid en deels inconsistente eigendomsinperking die van de privaatrechtelijke systematiek uitgaat, is het verkennen van een alternatieve publiekrechtelijke benadering ook heden geen zinledige exercitie.

Een eerste mogelijkheid vormt een terugkeer naar de door de Maastrichtse school bepleite 'sovereiniteitsleer'. Deze komt neer op de voornoemde Franse theorie inzake het *domaine public*, waarbij de staat wordt geacht uit hoofde van haar soevereiniteit over zaken met een publieke bestemming te beschikken. Hierdoor zou het recht van de overheid door een geheel publiekrechtelijk regime (iets wat verwarrend ook wel 'publieke eigendom' genoemd) worden beheerst, dat als substituut voor het regime van eigendom

26 Jurgens 2011, p. 93.

27 Van der Veen 1997, p. 390-392, 396.

fungeert.²⁸ Nu het eigendomsrecht als gevolg van wetgeving en rechtspraak een zekere ‘collectivering’ heeft ondervonden, moet dit leerstuk worden geacht betrekkelijk ver van het huidige recht af te staan. Daarbij laat een geheel door de publieke bestemming gedetermineerd regime bepaalde vragen onbeantwoord, zoals die naar het ontstaan of ‘herleven’ van de eigendom wanneer een zaak door een natuurlijk fenomeen aan het *domaine public* ontvalt.²⁹ Mede hierom is deze theorie ook in het Franse recht al geruime tijd verlaten.³⁰

Het geldende Franse recht toont een tweede alternatief. Na de recente intrekking van artikel 538 Cc kent dit met de gedetailleerde *Code général de la propriété des personnes publiques* (CGPPP) een (nog immer) ongeëvenaarde stand van ontwikkeling. Het op het *domaine public* toepasselijke publiekrechtelijke regime kan heden niet langer met een vorm van publieke eigendom worden vereenzelvigd. De Franse overheid oefent over al haar zaken een publiek eigendomsrecht (*propriété publique*) uit, dat afhankelijk van de bestemming aan een overwegend publiekrechtelijk regime (de *domanialité publique*) dan wel privaatrechtelijk regime (de *domanialité privée*) onderworpen is.³¹ Het publiek eigendomsrecht geldt hierbij als van eenzelfde aard als het eigendomsrecht van privé-personen, met dien verstande dat de publieke kwaliteit van de overheid een tweetal beperkende principes met zich meebrengt: publieke eigendommen kunnen niet onder de waarde worden overgedragen (*incessibilité à vil prix*) en zijn onvatbaar voor beslag (*insaisissabilité*).³² Is een zaak eigendom van een overheidspersoon en bestemd voor direct gebruik door het publiek of voor de openbare dienst (in welk geval zij voor de uitvoering van de publieke taken onmisbaar dient te zijn) dan behoort zij ingevolge artikel L2111-1 CGPPP tot het *domaine public*, voor zover bijzondere wettelijke bepalingen niet anders bepalen.³³ Het regime dat het publiek eigendomsrecht beheerst wordt in dat geval gecorrigeerd, vervolmaakt en aangevuld (dus niet vervangen) door het regime van de *domanialité publique*, dat als centrale uitgangspunten de onvervreemdbaarheid (*inaliénabilité*) en de onmogelijkheid van verjaring (*imprescriptibilité*) kent.³⁴ Daarnaast omvat het bijzondere bepalingen inzake de omvang, de bescherming en het gebruik van verschillende categorieën openbare zaken.³⁵

Het huidige Franse recht verschilt nog steeds op belangrijke punten van het Nederlandse recht. Zo bestaat in ons recht de mogelijkheid dat particulieren eigenaar zijn van openbare zaken en ontbreekt een algemeen regime inzake het (publieke) eigendomsrecht van de overheid. Toch kan het Franse recht (en vooral de CGPPP) inspiratie bieden voor

28 Naar Nederlands recht sluit de publieke bestemming van een zaak, anders dan de *affectation à l'utilité publique* in het Franse recht, de mogelijkheid van eigendom van particulieren niet uit. Tak meent dat naast de publiekrechtelijke beheersbevoegdheid van de overheid op openbare zaken nog slechts een zeer beperkt eigendomsrecht van particulieren mogelijk zou moeten zijn, zie Tak 1997, p. 260.

29 Voor een fraai voorbeeld naar Frans recht zie F.A.J. van der Ven, “Caprices de Neptunes” ofwel enige opmerkingen over het “ontwaken” van “slapende” eigendom”, *GROM* 2004, p. 86 e.v.

30 Gaudemet 2011, p. 8, 14-15.

31 Gaudemet 2011, p. 9, 19, 48-49; Saugez 2012, p. 36-37.

32 Gaudemet 2011, p. 22-26, 30-34.

33 Onafhankelijk van de algemene criteria kunnen categorieën zaken ook direct door bijzondere wettelijke bepalingen onder het *domaine privé* of *domaine public* worden geschaard, zie Gaudemet 2011, p. 58-62.

34 Gaudemet 2011, p. 19-20; Saugez 2012, p. 210. Zie ook artikel L3111-1 CGPPP.

35 Gaudemet 2011, p. 47-48. Zie nader artikel L2111 e.v. CGPPP.

rechtsontwikkeling in de richting van een op de overheidseigendom van openbare zaken toegespitste publiekrechtelijke regeling. Het draait hierbij niet zozeer om de noodzaak van een stringent publiekrechtelijk regime ter instandhouding van de openbare bestemming, doch veeleer om de weinig eenvoudige beperkingensystematiek die het huidige privaatrechtelijke uitgangspunt van de overheidseigendom van openbare zaken met zich meebrengt. In plaats van het inperken van de (particuliere) gerechtigdheid van de overheidseigenaar tot zijn openbare zaak, kan een publiekrechtelijke regeling de notie van overheidseigendom als (aanvullende) grondslag voor het beheer van openbare zaken centraal stellen, evenals de gebruiksgerechtigdheid van burgers ingevolge de publieke bestemming of een verleende vergunning.

Het Nederlandse recht zou kortom gebaat kunnen zijn bij een aan de *domanialité publique* verwant publiekrechtelijk regime, dat de aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden van bestuursorganen per categorie openbare zaken rubriceert en inkadert. Een en ander kan gestalte krijgen in bijvoorbeeld de Awb, waarbij op eigendom gebaseerde rechtshandelingen van bestuursorganen als appellabele besluiten worden aangemerkt. De eigendomsregeling dient daarbij, wil men de bestuursrechter van voldoende houvast voorzien, in elk geval bepalingen te bevatten omtrent de bevoegdheid tot het bestemmen, het (weigeren te) contracteren over gebruik en eventueel het vervreemden en bezwaren van openbare zaken in overheidseigendom.³⁶ Door het verbieden en aan voorwaarden verbinden van gewoon en bijzonder gebruik aan een publiekrechtelijk toestemmingsstelsel te onderwerpen, kan duidelijkheid worden verschaft omtrent de ruimte die bestuursorganen toekomt om (naast eventuele andere publiekrechtelijke bevoegdheden) op grond van overheidseigendom het gebruik te reguleren. Bestuursrechtelijke uitspraken over de openbaarheid en de scheidslijn tussen gewoon en bijzonder gebruik kunnen bovendien richtinggevend zijn voor de burgerlijke rechter, aan wiens rechtsmacht de particuliere eigendom van openbare zaken onderworpen blijft. Een publiekrechtelijke eigendomsregeling kan aldus de rechtszekerheid en rechtssystematiek ten goede komen, zonder dat onnodige verschillen tussen publiek- en privaatrecht worden gecreëerd.

6 Besluit

In het verleden werd het toebehoren van zaken met een publieke bestemming aan de overheid als een bijzondere, publiekrechtelijke vorm van eigendom beschouwd. Deze opvatting, die op de destijds in het Franse recht aangehangen theorie inzake het *domaine public* werd gebaseerd, heeft het Nederlandse recht niet duurzaam voor zich weten te winnen. Aan het begin van de vorige eeuw werd door de Hoge Raad het uitgangspunt van de 'gewone' privaatrechtelijke overheidseigendom omarmd, terwijl privaatrechtelijk overheidshandelen in het kader van de 'gemene rechtsleer' algeheel weinig bezwaarlijk werd geoordeeld. Het geleidelijk tot ontwikkeling komen van het bestuursrecht heeft op deze opvattingen evenwel kritiek doen ontstaan, resulterend in de nodige inperking en regulering van het privaatrechtelijk overheidshandelen. Principiële bezwaren zijn evenwel geuit tegen de (gehandhaafde) veronderstelling dat de overheid in principe tot privaatrechtelijk overheidshandelen bevoegd moet worden geacht. Vanuit een oogpunt

36 Hoewel in dit kader niet noodzakelijk, kan een en ander gepaard gaan met een herziening van de Wegenwet en nieuwe wetgeving inzake de openbaarheid van de overige openbare zaken.

van legaliteit is door verschillende auteurs opnieuw een publiekrechtelijk benadering van overheidseigendom bepleit.

De overheidseigendom van openbare zaken geldt heden nog immer als 'gewoon' privaatrechtelijk, voor zover dit zich met de publieke bestemming verdraagt. Beperkingen op het eigendomsrecht vloeien voort uit het betrekkelijk weinig uitgekristalliseerde 'leerstuk van de openbare zaken'. Het eigendomsrecht van de overheid kan daarnaast worden beperkt door het overheidsprivaatrecht, vooral als aan de eigendom ontleende bevoegdheden met publiekrechtelijke bevoegdheden samenlopen. Aan de privaatrechtelijke beperkingensystematiek als geheel is een zekere complexiteit en onvoorspelbaarheid eigen, waarbij vooral van het overheidsprivaatrecht een niet altijd even stelselmatische beperking uitgaat.

Gelet op het huidige recht zijn publiekrechtelijke alternatieven het overwegen waard. De oude Franse leer inzake het *domaine public* lijkt echter niet goed bij het huidige recht aan te sluiten, en is ook in Frankrijk al geruime tijd verlaten. Wel kan het actuele Franse recht van nut zijn bij het overdenken van publiekrechtelijke benaderingen van de overheidseigendom van openbare zaken. Zonder het toepassingsbereik of de restrictiviteit van het Franse publiekrechtelijke regime van de *domanialité publique* te willen overnemen, kan aansluiting worden gezocht bij de wijze waarop dit het publieke eigendomsrecht van de Franse overheid aanpast en inperkt met het oog op de publieke bestemming. Een beperkte publiekrechtelijke regeling die de uitoefening van aan de eigendom ontleende bevoegdheden door bestuursorganen inkadert, kan zo aan legaliteitsbezwaren tegemoetkomen en tevens de rechtszekerheid en rechtssystematiek bevorderen.

16 Publiek en privaat: waarom de bestuursrechter het moeilijker heeft met het recht van inzage dan de civiele rechter

Aline Klingenberg

1 Inleiding

De belangstelling van Dick Lubach richt zich op privaatrecht en overheid en dan met name op het bouwrecht. Met de bescherming van persoonsgegevens heeft Dick zich bij mijn weten gedurende zijn loopbaan niet bezig gehouden. Maar hoewel ik wel ooit als student ruimtelijk bestuursrecht heb mogen volgen bij Dick, zal ik in deze bijdrage toch ingaan op het gegevensbeschermingsrecht. Bij het bouwrecht zal vaak de vraag aan de orde zijn gekomen of en onder welke voorwaarden de overheid gebruik kan maken van het privaatrecht. In het gegevensbeschermingsrecht is dat niet de vraag. Daar is dezelfde wet, met dezelfde normen, van toepassing op zowel de publieke als de private sector. Twee rechterlijke kolommen zien toe op de juiste toepassing van de wet. In deze bijdrage ga ik aan de hand van het *inzagerecht* in op de vraag waarom de civiele rechter het makkelijker lijkt te vinden het inzagerecht toe te passen dan de bestuursrechter. In bestuursrechtelijke procedures heeft dit recht inmiddels al tot drie verzoeken tot prejudiciële beslissingen geleid, en in civiele procedures tot geen een. Hoe kan dat? Is het voor de civiele rechter eenvoudiger om een Europese richtlijn te interpreteren dan voor de bestuursrechter? Is dit toeval? Of zou dit te maken hebben met de aard van de onderliggende bevoegdheid? In deze bijdrage zal blijken dat het te maken heeft met specifieke normen die aan overheidsoptreden gesteld worden en dat het wellicht heel goed zou zijn dat de civiele en de bestuursrechter tot een andere interpretatie komen van eenzelfde bepaling uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).

2 Twee regimes

In het gegevensbeschermingsrecht is de algemene wet, de Wbp, zowel van toepassing op de private sector als op de publieke sector. De normen uit de Wbp richten zich tot een 'verantwoordelijke'. Uit de definitiebepaling uit art. 1, aanhef, onder d, Wbp volgt dat dit de natuurlijke, de rechtspersoon, ieder ander of het bestuursorgaan is die het doel van en de middelen waarmee de verwerking van persoonsgegevens plaats vindt, vaststelt. Wanneer een rechtspersoon of een natuurlijke persoon te maken krijgt met het verwerken van persoonsgegevens, dan bevat de wet normen die op deze privaatrechtelijk entiteiten van toepassing zijn en dus privaatrechtelijk zijn. Tegen een beslissing van deze verantwoordelijke op grond van de Wbp staat de civielrechtelijke verzoekschriftenprocedure open. Krijgt echter een bestuursorgaan te maken met het verwerken van persoonsgegevens, dan is een beslissing van dit bestuursorgaan een besluit in de zin van de Awb en staat de normale bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure open. De

normen zijn dan bestuursrechtelijk van aard.

Dat beide regimes van toepassing zijn, komt tot uiting in de artikelen 45 en 46 van de Wbp. Uit art. 45 Wbp volgt dat wanneer een verantwoordelijke die een *bestuursorgaan* is, een beslissing neemt als bedoeld in art. 30, derde lid, 35, 36 en 38, tweede lid, of een beslissing als bedoeld in art. 40 of 41, de beslissing een besluit is in de zin van de Awb. In art. 46 Wbp staat dan dat wanneer *een ander dan een bestuursorgaan* een dergelijke beslissing neemt, de belanghebbende zich tot de rechtbank kan wenden met het verzoek de verantwoordelijke te bevelen alsnog een verzoek als bedoeld in de genoemde bepalingen toe of af te wijzen of al dan niet te honoreren.

De wetgever heeft destijds expliciet voor dit regime gekozen. De wetgever motiveerde de keuze voor dit gedifferentieerde systeem van rechterlijke toetsing met de overweging dat zo de privacywetgeving beter zou aansluiten bij de algemene ontwikkelingen binnen het publiek- en het privaatrecht.¹ De rechtsbescherming in de publieke sector zou op deze manier aan sluiten bij de Awb. Een andere overweging was dat zo ook een betere aansluiting bewerkstelligd zou worden bij de Wet openbaarheid van bestuur, in het kader waarvan tegen vergelijkbare besluiten eveneens bezwaar en beroep openstaat. De Wbp vloeit voort uit richtlijn 95/46 (de Privacyrichtlijn).

3 Recht op inzage

Het recht op inzage is neergelegd in art. 35 Wbp. Dit recht is een belangrijk onderdeel van het gegevensbeschermingsrecht. Een betrokkene die niet weet dat en welke gegevens over hem of haar worden verwerkt, kan die gegevensverwerking niet aanvechten. Daarom is allereerst van belang dat een betrokkene weet dat gegevens verwerkt worden. Dit transparantiebeginsel is neergelegd in de artikelen 33 en 34 Wbp, en betreft de informatieverplichtingen van de verantwoordelijke jegens betrokkene. Weet de betrokkene dat gegevens worden verwerkt, dan kan deze om inzage verzoeken en eventueel gebruik maken van zijn of haar rechten tot verbetering, aanvulling, verwijdering of afscherming uit art. 36 Wbp.

Advocaat Generaal Ruiz-Jarabo Colomer noemt het recht van inzage in zijn conclusie bij de zaak *Rijkeboer* de hoeksteen van het stelsel van waarborgen waarin de Privacyrichtlijn voorziet.² In de conclusie vraagt hij zich af welke bepaling uit de richtlijn belangrijker is: de bepaling waaruit volgt dat gegevens vernietigd moeten worden of de bepaling waarin het recht op toegang geregeld is. Hij noemt het recht op toegang 'de werkelijke subjectieve dimensie van de richtlijn [...], die, alles bij elkaar genomen, het individu toestaat te *reageren* ter verdediging van zijn belangen.' Hieruit concludeert hij 'dat in richtlijn 95/46 de verplichting tot vernietiging ondergeschikt is aan het recht van toegang.'

Het recht van inzage is bedoeld om betrokkene in staat te stellen te weten welke gegevens over hem bekend zijn, of ze juist gebruikt zijn en aan wie die gegevens zijn verstrekt. Een betrokkene die met bepaalde gevolgen geconfronteerd wordt, kan zo nagaan welke gegevens daaraan ten grondslag gelegen hebben. Het recht van inzage is daarmee een instrument voor de betrokkene om te kunnen nagaan of de waarborgen die het gegevensbeschermingsrecht biedt, nagekomen zijn. Het belang van dit instrument blijkt

1 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 25.

2 HvJ EU, 7 mei 2009, C-553/07.

dan ook uit het vastleggen ervan in art. 8, derde lid, Grondwet en in art. 8, tweede lid, Handvest van de Grondrechten van de EU.

In de bovengenoemde zaak Rijkeboer ging het om een verzoek tot inzage in informatie over de ontvangers of de categorieën ontvangers van de gegevens van betrokkene en over de inhoud van de verstrekte gegevens. Deze gegevens werden op grond van de Wet GBA gedurende één jaar bewaard. Het Hof oordeelde dat de in de Wet GBA geregelde bewaartermijn van één jaar terwijl de basisgegevens veel langer worden bewaard, geen juist evenwicht vormt tussen enerzijds het belang van betrokkene om zijn persoonlijke levenssfeer te beschermen en zijn rechten uit te oefenen en anderzijds de last van die bewaarverplichting voor de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking. In de Wet basisregistratie personen (Wet brp), die vanaf 6 januari 2014 de Wet GBA vervangt, is dit arrest verwerkt. Art. 3.11, eerste lid, Wet brp bepaalt: ‘Het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de verstrekking van gegevens houdt gedurende twintig jaren volgend op de verstrekking aantekening van de verstrekking.’

Het recht op inzage in informatie over gegevens die aan anderen zijn verstrekt, strekt zich nu uit over 20 jaar. In de memorie van toelichting wordt deze bewaartermijn gemotiveerd door de opmerking dat door deze bewaartermijn betrokkene nog rechten kan uitoefenen. Er is aansluiting gezocht bij de termijnen voor het instellen van een eis tot schadevergoeding in het civiele recht.³ Een betrokkene kan schade lijden doordat een verstrekking onjuist was of doordat de ontvanger van de gegevens op basis van onjuiste gegevens heeft gehandeld. De betrokkene moet dan nog een eis tot schadevergoeding kunnen instellen. Een dergelijke vordering kan op grond van art. 3:310 BW tot maximaal 20 jaar na het optreden van de gebeurtenissen worden ingesteld. Door de informatie over de verstrekking van de gegevens ook 20 jaar te bewaren wordt een betrokkene in staat gesteld zijn rechten in te roepen. Het inzagerecht is een belangrijk instrument voor betrokkene om zijn rechten uit te oefenen. Zijn de gegevens vernietigd of verwijderd, dan is de bewijspositie van appellant ook weg.

4 Civiele rechter

De eerste belangrijke uitspraak over het inzagerecht was het Dexia-arrest van de Hoge Raad.⁴ Dit arrest betreft een verzoek van gedupeerden van effectenleasecontracten aan de Dexiabank om inzage in hun persoonsgegevens, op grond van art. 35 Wbp. Op die manier probeerden ze erachter te komen of de bank tegenover hen wel had voldaan aan zijn zorgplicht. Veel gedupeerden waren op het spoor gezet van de mogelijkheid om een inzageverzoek te doen door een uitzending van het televisie programma TROS Radar. Het programma publiceerde op zijn website ook een voorbeeldbrief waarmee de betrokkenen hun verzoek kunnen doen. De bank verweerde zich onder meer door te stellen dat het hier ging om meer dan 3800 verzoeken en dat de administratieve lasten verbonden aan de honorering daarvan onevenredig hoog zijn en de bedrijfsvoering van de bank dreigen te frustreren. Ook zou inwilliging van het verzoek art. 843a Rv doorkruisen. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.4 dat men bij een inzageverzoek op grond van artikel 35 Wbp:

‘alle relevante informatie over de betrokkenen moet verschaffen, het geen afhankelijk van de omstandigheden, vaak zal kunnen – en zo nodig op aanwijzing van de rechter zal moeten –

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 219, nr. 3, p. 78.

4 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4664, *RvdW* 2007/641, *NJB* 2007/1593.

gebeuren door het verstrekken van afschriften, kopieën of uittreksels. [...] Het in artikel 35 gebruikte begrip ‘volledig overzicht’ moet veeleer als een ruime aanduiding van de verplichting tot het verschaffen van de gegevens en niet als een beperking worden beschouwd. Wel kan Dexia bij het verschaffen van de gegevens rekening houden met de belangen van derden, zij het dat dit op proportionele wijze dient te geschieden. Zo kunnen bij de verstrekking van kopieën van bescheiden bijvoorbeeld daarin aanwezige passages die betrekking hebben op derden worden afgeschermd indien de belangen van die derden zulks vragen.’

Deze benadering van de Hoge Raad werd weer toegepast in een beschikking door het Gerechtshof Amsterdam.⁵ In r.o. 4.3 oordeelt het Hof ‘dat de betrokkene recht heeft op toegang tot de gegevens die het voorwerp van een verwerking vormen en hemzelf betreffen, zodat hij zich van de juistheid en de rechtmatigheid van de over hem opgeslagen informatie kan vergewissen.’ Volgens het Hof behoort de verantwoordelijke specifieke informatie ‘te verstrekken aan de betrokkene waardoor deze in staat wordt gesteld behoorlijk kennis te nemen van zijn gegevens en van de wijze waarop deze zijn verwerkt.’ Voor wat betreft de reikwijdte van het recht van inzage verwijst het Hof naar de hierboven aangehaalde overweging uit het Dexia arrest.

De civiele rechter legt hiermee het inzagerecht, zoals neergelegd in art. 35 Wbp, ruim uit. Het inzagerecht moet ruim worden uitgelegd, en betrokkenen hebben recht op een volledig overzicht van de hen betreffende gegevens. Wel moet rekening worden gehouden met de belangen van derden. Interne notities met daarin persoonlijke gedachten van medewerkers worden genoemd als gegevens die buiten het inzagerecht gehouden kunnen worden.

5 Bestuursrechter

Voor de bestuursrechter is het inzagerecht minder duidelijk dan voor de civiele rechter. Al drie keer sinds de implementatie van de Privacyrichtlijn heeft het inzagerecht geleid tot een verzoek om een prejudiciële beslissing, aan het Hof van Justitie voorgelegd door een bestuursrechter. De eerste keer betrof de zaak over Rijkeboer in Rotterdam, die hierboven is besproken. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing werd gedaan door de Afdeling bestuursrechtspraak.

Het tweede verzoek om een prejudiciële beslissing werd ingediend door de rechtbank Middelburg.⁶ De rechtbank wil weten of de gegevens in een minuut in vreemdelingenrechtelijke beslissingen⁷ persoonsgegevens zijn, of de juridische analyse een persoonsgegeven is, of – als er sprake is van persoonsgegevens – er inzage gegeven moet worden, en, zo ja, of deze inzage verschaft moet worden door een kopie van het document te verstrekken. De rechtbank vraagt ook of een beroep kan worden gedaan op art. 41, tweede lid, onder b, van het EU Handvest. In een verwijzingsuitspraak van 1 augustus 2012 sluit de Afdeling zich aan bij de rechtbank Middelburg, en daarmee zijn voor de derde keer door

5 Hof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565, *NJF* 2012/111, *JIN* 2012/64, m.nt. Banga.

6 Rb. Middelburg 15 maart 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BV8942, *AB* 2012/32, m.nt. Beltman & Klingenberg, *Gst.* 2012/103, m.nt. Van der Jagt, *JV* 2012/229.

7 Een minuut bevat een weergave van informatie over de beslismedewerker, gegevens over de aanvrager, over de proceshistorie, de overgelegde stukken, verklaringen, juridische bepalingen die van toepassing zijn en een beoordeling van deze gegevens in het licht van de van toepassing zijnde juridische bepalingen.

een bestuursrechter prejudiciële vragen gesteld.⁸ De Afdeling legt (heel kort samengevat) de vragen voor of het inzagerecht zo moet worden uitgelegd dat een recht bestaat op afschrift van stukken of dat voldoende is dat een volledig overzicht in begrijpelijke vorm wordt verstrekt, of de consequentie dat door het geven van inzage de ongestoorde gedachtewisseling binnen de overheidsinstantie wordt verstoord een gerechtvaardigd belang van vertrouwelijkheid oplevert in de zin van art. 41, tweede lid, aanhef en onder b, Handvest en in de zin van art. 13, eerste lid, aanhef en onder g Privacyrichtlijn, en of een juridische analyse een persoonsgegeven is in de zin van de Privacyrichtlijn.

Het Hof behandelt beide bovengenoemde verzoeken gezamenlijk. Op 12 december 2013 verschijnt de conclusie van Advocaat-Generaal Sharpston.⁹ In de opmerkingen vooraf merkt Sharpston op dat de vraag of inzage verleend moet worden ter waarborging van de transparantie van het besluitvormingsproces, de toegang tot de daarin gebruikte informatie en/of het recht van behoorlijk bestuur, niet gesteld is. Dit zal dan ook niet aan de orde komen in de aanhangige procedure, en zij geeft aan dat haar analyse zich zal beperken tot de toegang tot persoonsgegevens. De hele procedure is echter niet begonnen om het inzagerecht als zodanig, maar omdat belanghebbende de motivering van het besluit dat ten aanzien van hem genomen is wilde kennen.

Sharpston concludeert dat de gegevens in de minuut over een persoon, persoonsgegevens zijn. Alle feiten betreffende een geïdentificeerde persoon, zodra die tot identificatie kunnen leiden, zijn een persoonsgegeven. Een juridische kwalificatie van deze feiten is echter geen persoonsgegeven. De juridische kwalificatie wordt ook geen persoonsgegeven omdat deze is opgenomen in hetzelfde document als waarin de persoonsgegevens zijn opgenomen. De persoonsgegevens kunnen dan ook verstrekt worden zonder inzage te geven in de juridische analyse. Dat moet echter wel zo gebeuren, dat de betrokkene in staat is zich tot de rechter te wenden wanneer hij schade lijdt, aldus de A-G.

Sharpston is eveneens van oordeel dat een juridische analyse niet binnen het recht van een persoon op een privéleven valt. Hiermee legt ze een verband tussen de bescherming van persoonsgegevens en het recht op een bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In het Handvest voor de grondrechten van de EU zijn deze beide in aparte bepalingen opgenomen, in art. 7 en 8. Er zijn namelijk goede redenen om het gegevensbeschermingsrecht en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als twee afzonderlijke rechten te beschouwen.¹⁰ Ook al is er geen inbreuk op het privéleven, de betrokkene is door het onthouden van toegang tot de juridische analyse wellicht belemmerd in zijn mogelijkheden om te reageren ter verdediging van zijn belangen. Dit noemde, hierboven geciteerd, A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie bij de zaak Rijkeboer 'de werkelijke subjectieve dimensie van de richtlijn'. De uitspraak van het Hof van Justitie is nog niet bekend ten tijde van het schrijven van deze bijdrage, maar als in die uitspraak de conclusie van de A-G gevolgd wordt, dan strekt het recht op inzage zich niet uit tot de feitenkwalificatie of de juridische analyse. Dit zou anders kunnen

8 ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3309, *JBP* 2013/6, m.nt. Klingenberg, *JHG* 2013/11, m.nt. Reurs, *NJB* 2012/1780, *JV* 2012/480.

9 Conclusie van Advocaat-Generaal Sharpston van 12 december 2013 in de gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12.

10 Zie hiervoor bijvoorbeeld P. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en het Amerikaanse recht* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2002, p. 65-72.

zijn wanneer de weigering om inzage te verlenen betrokkene niet in staat stelt om zich tot de rechter te wenden.

6 Conclusie

Waarom worstelt de bestuursrechter zo met het recht op inzage en lijkt de civiele rechter hier geen problemen mee te hebben? Maakt het uit dat het bij de een gaat om bestuursorganen en bij de ander om (gewone) rechtspersonen of natuurlijke personen? Is er aanleiding om in de regels voor het inzagerecht onderscheid te maken tussen de overheid en anderen?

Tussen de Dexia-zaak en de zaken omtrent inzage in de minuut bij vreemdelingrechtelijke beschikkingen zijn een aantal overeenkomsten. Het gaat bij beide om een potentieel groot aantal betrokkenen dat een verzoek om inzage kan doen. In beide gevallen is het verzoek om inzage een *instrument*. Dit instrument wordt niet zozeer ingezet om te kunnen nagaan of op juiste wijze met persoonsgegevens wordt omgegaan, maar meer om te kunnen nagaan welke *waardering* aan die gegevens toegekend is. In het geval van de bank: heeft de bank aan zijn zorgplicht voldaan en dus niet aan mij een beleggingsproduct verkocht waarvan ik het risico niet kan dragen of begrijpen? En in het geval van de vreemdelingen: waarom is ten aanzien van mij een bepaald besluit genomen? Een klant van een bank kan uit de persoonsgegevens die de bank over hem heeft, afleiden of de bank hem wel of niet een bepaald beleggingsproduct had mogen verkopen. Een vreemdeling, die wel of niet een verblijfsvergunning krijgt, kan dat kennelijk niet alleen uit de persoonsgegevens afleiden. Die heeft daarvoor ook de feitenkwalificatie van het bestuursorgaan nodig, de juridische analyse.

Het probleem zit dan ook ergens anders: in het nemen van onvoldoende gemotiveerde besluiten, waar het bestuursorgaan gebruik maakt van een discretionaire bevoegdheid. Belanghebbenden beroepen zich dan op het inzagerecht om toch te weten te komen waarom een bepaald besluit is genomen. Dit toont de instrumentele waarde van het recht: kunnen nagaan of de persoonsgegevens juist gebruikt zijn, en het zich eventueel tot de rechter kunnen wenden. Het inzagerecht en de plicht tot deugdelijke motivering van besluiten uit art. 3:46 Awb zijn communicerende vaten: gaat de bestuursrechter akkoord met een summiere motivering van besluiten, dan is nodig dat een ruimer inzagerecht verleend wordt. Andersom geldt ook: bij deugdelijk gemotiveerde besluiten zal een belanghebbende geen behoefte meer hebben aan het inzagerecht.

Dit aspect ontbreekt in privaatrechtelijke verhoudingen. Het toepassen van art. 35 Wbp, het inzagerecht, stuit bij de civiele rechter op weinig problemen. Dat de bestuursrechter hier meer moeite mee heeft, heeft te maken met discretionaire bevoegdheden die bestuursorganen hebben en met politieke keuzes die binnen die discretionariteit gemaakt worden. Het probleem zou zich niet voordoen als besluiten uitvoerig gemotiveerd zouden worden. Uit deze jurisprudentie blijkt dat het heel goed mogelijk is dat één wet van toepassing is op zowel de private als de publieke sector. Maar het kan dan ook heel goed mogelijk zijn dat de rechterlijke instanties rekening houden met de bijzondere positie van bestuursorganen en dus tot verschillende uitkomsten komen bij de beoordeling van dezelfde wetsbepaling.

17 Dienen ook private aanbesteders de beginselen van aanbestedingsrecht in acht te nemen?

Matton van den Berg

1 Inleiding

De lauraat van deze bundel, Dick Lubach, heeft altijd een warme belangstelling gekoesterd voor onderwerpen die gelegen zijn in het grensgebied tussen publiek- en privaatrecht. Hij gaf daarvan reeds op indrukwekkende wijze blijk in zijn Groningse dissertatie *Beleidsvereenkomsten* uit 1982.¹ Ook in latere geschriften is hij op dit thema doorgegaan, zo ook in zijn bijdrage aan het vriendenboek dat mij in 2010 is aangeboden bij mijn afscheid van de Universiteit van Tilburg.² Dat bracht mij op het idee om voor mijn bijdrage aan deze bundel een onderwerp te kiezen dat eveneens is gelegen in het grensgebied tussen publiek- en privaatrecht.

Mijn keus is daarbij gevallen op een actuele kwestie: zijn de in het Europese en nationale publiekrecht ontwikkelde algemene beginselen van aanbestedingsrecht mede van toepassing op aanbestedingen die gehouden worden door private aanbesteders? Die vraag heeft voor het eerst aandacht getrokken door het arrest RZG/ComforMed.³ Dat arrest heeft aanleiding gegeven tot een discussie in de literatuur over de vraag of de in het publiekrecht ontwikkelde algemene beginselen van aanbestedingsrecht – zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel – via de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen doorwerken naar aanbestedingen die worden gehouden door private aanbesteders. Verschillende schrijvers (onder wie schrijver dezes) hebben die vraag bevestigend beantwoord en ook in talrijke rechterlijke uitspraken is bij die denklijn aangesloten.⁴

In het recente arrest KLM/CCC⁵ heeft de Hoge Raad zijn in het arrest RZG/ComforMed gegeven oordeel verduidelijkt. Daarbij heeft de Hoge Raad weliswaar aansluiting gezocht bij zijn eerdere arrest inzake RZG/ComforMed, doch de betekenis van dat arrest vervolgens sterk gerelativeerd. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de pre-

1 D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982.

2 D.A. Lubach, 'Van motoneiges en quads. Canadese avonturen op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht', in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & J.B.M. Vranken (red.), *Alleen Samen*, Den Haag: IBR 2010.

3 HR 4 april 2003, *NJ* 2004/35, m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

4 Zie daarover nader *Asser/Van den Berg* 7-VI 2013/71-71a.

5 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, *NJ* 2013/572, m.nt. C.E.C. Jansen, *TBR* 2013/118, p. 798, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen. Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest voorts J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 'Private aanbestedingen: (weer) vrijheid blijheid?', *MvV* 2013/7-8, p. 231-237. Het arrest heeft inmiddels navolging gekregen in Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:GHARL:2013:4715.

contractuele fase beheersen, brengen volgens de Hoge Raad niet eo ipso mee dat private aanbesteders de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dienen te nemen, maar in de omstandigheden van het concrete geval kan een dergelijke gehoudenheid wel besloten liggen. Voor de beantwoording van de vraag wanneer daarvan sprake is, formuleert de Hoge Raad een criterium. In het hierna volgende zal de in het arrest KLM/CCC gevolgde denklijn nader worden geanalyseerd. Daartoe zal allereerst een schets worden gegeven van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht en van hun betekenis voor de deelnemers aan een aanbesteding.

2 Beginselen van aanbestedingsrecht en hun betekenis

Al vanaf de jaren zeventig wordt het aanbesteden van overheidsopdrachten gereguleerd door opeenvolgende versies van Europese richtlijnen. Sinds 2004 gelden daarvoor twee aanbestedingsrichtlijnen: Richtlijn 2004/17/EG (*PbEU* 2004, L. 134/1) betreffende de coördinatie van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna te noemen Richtlijn Speciale Sectoren) en Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2004, L. 134/114) betreffende de coördinatie van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna te noemen Algemene Richtlijn). Deze richtlijnen zijn aanvankelijk geïmplementeerd in onze nationale rechtsorde door twee Koninklijke Besluiten die waren gebaseerd op de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (*Stb.* 1993, 212). Beide richtlijnen zijn opnieuw geïmplementeerd door de Aanbestedingswet 2012 (*Stb.* 2012, 542).

In de beide genoemde Europese richtlijnen worden drie beginselen van aanbestedingsrecht geformuleerd: het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel.⁶ Deze drie beginselen zijn ook uitgedrukt in de Aanbestedingswet.⁷ Deze beginselen vertonen een nauwe samenhang. Zij strekken ertoe dat de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure op een gelijke, niet-discriminatoire en transparante wijze worden behandeld, zodat zij allen een *gelijke kans* hebben op het verweven van de opdracht. Die kansgelijkheid is voor hen van grote betekenis. Het belang daarvan hangt samen met de kosten die de deelnemers aan een aanbesteding moeten maken ter voorbereiding van hun inschrijving. De menskracht die daarvoor moet worden ingezet, kan voorts niet tegelijkertijd worden benut voor de voorbereiding van een offerte voor een andere vrager op de markt. Een mislukte offerte houdt daarom een dubbel nadeel in: vergeefs gemaakte kosten én een gemiste kans elders. Het is daarom voor de aan een aanbesteding deelnemende gegadigden van wezenlijk belang dat tegenover de aan de voorbereiding van hun offertes gemaakte kosten ook een reële kans op succes staat.

Anderzijds dienen de deelnemers aan een aanbesteding door het uitbrengen van hun offertes ook de belangen van de aanbesteder. Deze verkrijgt hierdoor inzicht in de kosten en condities waartegen de door hem gewenste prestatie op de markt kan worden

6 Zie art. 2 Algemene Richtlijn en art. 10 Richtlijn Speciale Sectoren.

7 Deze beginselen zijn voor Europese aanbestedingen uitgedrukt in art. 1.8 en 1.9 Aanbestedingswet 2012. Deze lijn is doorgetrokken voor nationale aanbestedingen in art. 1.12 Aanbestedingswet en voor de meervoudige onderhandse procedure in art. 1.15 Aanbestedingswet (met dien verstande dat hier niet wordt gesproken van beginselen maar van 'uitgangspunten' en dat bij de meervoudige onderhandse procedure het uitgangspunt van gelijke behandeling niet is gekoppeld aan het discriminatieverbod en het transparantiebeginsel is afgeslankt tot een informatieplicht over de gunningsbeslissing).

ingekocht, welk inzicht als economisch waardevolle informatie kan worden beschouwd. Tegen deze achtergrond vind ik het redelijk dat een vragende partij die ertoe aanleiding geeft dat partijen aan de aanbodkant kosten maken om dergelijke waardevolle informatie te verschaffen, *daartegenover* bereid moeten zijn die aanbiedende partijen een faire, en dus gelijke, kans te bieden op het verwerven van de opdracht. Dat geldt zowel voor vragende partijen in de publieke als in de particuliere sector. Voor deze redenering is steun te vinden in een fundamenteel, reeds van het Romeinse recht stammend beginsel van privaatrecht: *quid pro quo* (voor wat, hoort wat).⁸ De gehoudenheid om recht te doen aan dit quid pro quo-beginsel kan m.i. overtuigend worden gebaseerd op de in het arrest Baris/Riezenkamp⁹ gegeven grondregel voor de wijze waarop partijen in de precontractuele periode met elkaar om dienen te gaan. Die regel brengt mee dat partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. De vereiste gerechtvaardigheid om dit te doen kan, dunkt mij, worden gestoeld op het quid pro quo-beginsel.

3 Het arrest KLM/CCC nader bezien

Hoe staat de Hoge Raad hier tegenover? Aanvaardt ook hij de gehoudenheid van de aanbesteder om de deelnemers aan de aanbesteding op een gelijke en transparante wijze te behandelen, zodat zij verzekerd zijn van een gelijke kans op het verwerven van de opdracht? Het arrest KLM/CCC laat zien dat de Hoge Raad die vraag minder stellig beantwoordt dan door mij verdedigd wordt. Een dergelijke gehoudenheid wordt niet zonder meer aangenomen, doch kan door de omstandigheden van het concrete geval wel worden vereist. Bezien wij dit nader aan de hand van de casus die aan dit arrest ten grondslag lag. Deze betrof een door KLM gehouden aanbesteding van schoonmaakwerkzaamheden aan haar vliegtuigen. KLM had vier partijen uitgenodigd daaraan deel te nemen. Van hen bleek CCC de laagste inschrijfter. KLM heeft de opdracht echter niet aan CCC gegund, doch de inschrijvers een proefschoonmaak laten uitvoeren, waarna de offertes mochten worden aangepast. Een der inschrijvers, Asito, heeft vervolgens haar prijs verlaagd. CCC heeft haar prijs gehandhaafd, maar die was nog steeds lager dan die van Asito. KLM heeft daarna – en buiten medeweten van CCC – aan Asito de gelegenheid geboden haar prijs nogmaals aan te passen, waarna Asito haar prijs andermaal verlaagd heeft. Daarop heeft KLM de opdracht aan Asito verleend.

De geschetste gang van zaken levert zonneklaar strijd op met zowel het gelijkheidsbeginsel als het transparantiebeginsel. Door Asito – buiten de op dat moment laagste inschrijver CCC om – nog een extra mogelijkheid te bieden haar prijs te wijzigen, heeft KLM de door het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel gewaarborgde kanselijkheid voor de deelnemers aan de aanbesteding doorbroken. Maar was KLM wel aan die beginselen gehouden? Brachten (in de woorden van de Hoge Raad) ‘bij een private aanbesteding als de onderhavige’ de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen mee dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen? De Hoge Raad overwoog daaromtrent:

‘Bij de beantwoording van die vraag staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van

8 Zie hierover nader *Asser/Van den Berg* 7-VI 2013/71, met verdere verwijzingen.

9 HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67.

redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen (vgl. HR 4 april 2003, LJN AF2930, NJ 2004/35 (RZG/ComforMed)). Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen.¹⁰

Het valt op dat de Hoge Raad zijn oordeel, evenals hij deed in het arrest RZG/ComforMed, toespitste op een *aanbesteding als de onderhavige*. In het laatstgenoemde arrest was sprake van een aanbesteding die was gehouden door een publiekrechtelijke instelling in de zin van een Europese aanbestedingsrichtlijn waarop het regime van die richtlijn niet direct van toepassing was wegens onderschrijding van de in die richtlijn uitgedrukte drempelwaarde. Voor die situatie kan (zoals hierboven in nr. 2 bleek) de gehoudenheid aan de beginselen van aanbestedingsrecht inmiddels al rechtstreeks op de wet, in casu de Aanbestedingswet, worden gebaseerd. De mogelijkheid van fundering van die beginselen op de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid blijft echter wel relevant voor een aanbesteding gehouden door een louter private partij, zoals in dit geval aan de orde was. Die funderingsgrondslag wordt door de Hoge Raad – met referte aan zijn eerdere arrest inzake RZG/ComforMed – uitdrukkelijk gehandhaafd. De waarde daarvan wordt echter tegelijk sterk gerelativeerd door het vereiste dat de Hoge Raad daar thans aan toevoegt, namelijk dat de aanbesteders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen. Bij een private aanbesteding brengen de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid dus niet eo ipso mede dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, doch onder de omstandigheden van het geval kan een gehoudenheid daartoe wel bestaan. Daarvoor is vereist dat de aanbesteders *redelijkerwijs* mochten *verwachten* dat de aanbesteder die beginselen in acht zou nemen. Voor de beoordeling of daarvan sprake is, geeft de Hoge Raad een criterium dat niet uitblinkt in scherpte:

‘Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen.’¹¹

De Hoge Raad verwijst in het geciteerde criterium als meest concrete referentiepunt naar de *aanbestedingsvoorwaarden*. Die referentie biedt houvast als de aanbesteder procedureregels op de aanbesteding van toepassing zou hebben verklaard die strekken tot een gelijke en transparante behandeling van alle deelnemers aan de aanbesteding. Zo komt het in de bouwsector regelmatig voor dat door (de adviseurs van) de aanbesteder op private aanbestedingen reglementen van toepassing worden verklaard die ontwikkeld zijn voor overheidsaanbestedingen en waarin derhalve de beginselen van aanbestedingsrecht verankerd zijn.¹² In zo’n situatie is duidelijk dat de aan de aanbesteding deelnemende aanbesteders erop mogen vertrouwen dat de aanbesteder zich zal houden aan de door hem

10 Zie r.o. 3.4.

11 Als vorige noot.

12 In die context zal door aanvaarding van de toepasselijkheid van een dergelijk reglement door de deelnemers sprake kunnen zijn van een voorbereidende hulpovereenkomst tussen de aanbesteder en de deelnemers die ertoe strekt om de aanbesteding volgens de in het reglement voorziene spelregels te laten verlopen. Zie daarover *Asser/Van den Berg* 7-VI 2013/42. In dat geval berust de gehoudenheid om de beginselen van aanbestedingsrecht in acht te nemen zelfs op een contractuele grondslag.

zelf gestipuleerde procedureregels.

Mogelijk is echter ook het tegenovergestelde, namelijk dat de aanbesteder procedureregels op de aanbesteding van toepassing verklaart waarin hij zich de vrijheid voorbehoudt om zich *niet* te hoeven houden aan de beginselen van aanbestedingsrecht. Als hij dat *met zoveel woorden* doet, kunnen de aanbieders die aan de aanbesteding deelnemen niet de verwachting hebben dat de aanbesteder zich toch aan de beginselen van aanbestedingsrecht zal houden. Maar hoe liggen de kaarten als de aanbesteder niet met zoveel woorden, maar gelet op de gebruikte bewoordingen wel voldoende duidelijk aangeeft dat hij zich niet gebonden acht aan de beginselen van aanbestedingsrecht? Die situatie deed zich voor in de onderhavige zaak. KLM had de aanbesteding uitgeschreven op basis van een 'Request For Quotation' (RFQ) waarin zij zich een zeer ruime vrijheid van handelen had voorbehouden. In het bijzonder liet het RFQ haar toe om tijdens het aanbestedingsproces met individuele deelnemers onderhandelingen aan te gaan en overeenkomsten te sluiten en zelfs dat te doen met een niet bij de aanbesteding betrokken partij.

Een dergelijke handelwijze houdt een flagrante strijd in met zowel het gelijkheidsbeginsel als het transparantiebeginsel. Tegen die achtergrond kan ik volgen dat de Hoge Raad van oordeel was dat het RFQ ertoe strekte de toepasselijkheid van die beginselen uit te sluiten.¹³ Uitsluiting van die beginselen houdt echter in deze context in dat wordt afgeweken van de in het arrest Baris/Riezenkamp gegeven grondregel voor de wijze waarop partijen in de precontractuele fase met elkaar om dienen te gaan.¹⁴ Aangezien partijen bij een precontractuele verhouding er in beginsel op mogen vertrouwen dat die grondregel in acht wordt genomen, meen ik dat hoge eisen dienen te worden gesteld aan de mate van duidelijkheid van een voorbehoud om af te kunnen wijken van beginselen die als een concretisering van die grondregel mogen worden beschouwd voor de verhouding tussen de betrokkenen bij een aanbesteding.¹⁵

Een derde mogelijkheid die zich kan voordoen is dat uit de aanbestedingsvoorwaarden niet, althans niet voldoende duidelijk, blijkt of deze aanvaarding dan wel uitsluiting van de beginselen van aanbestedingsrecht inhouden. Het door de Hoge Raad genoemde referentiepunt van de aanbestedingsvoorwaarden biedt dan geen uitkomst. Hetzelfde geldt indien op de aanbesteding geen aanbestedingsvoorwaarden van toepassing zijn verklaard. Voor die situaties is men aangewezen op het referentiepunt van de *overige omstandigheden van het geval*. Daarmee wordt echter meteen de vraag opgeroepen welke omstandigheden in dit verband relevant kunnen zijn. De Hoge Raad noemt er slechts één: de *hoedanigheid van partijen*. In het licht hiervan zou men onderscheid kunnen maken naar de mate van professionaliteit van de betreffende private aanbesteder.¹⁶

Zo kan het verschil maken of als aanbesteder een private entiteit optreedt die gewend is om de door haar gewenste producten of diensten in te kopen door middel van een aanbestedingsprocedure, dan wel een particulier die slechts eenmalig of zeer incidenteel een aanbesteding houdt. Voor een aanbesteder van de eerste categorie geldt dat deze op basis van de met eerdere aanbestedingen opgedane ervaringen voldoende inzicht heeft

13 Zie r.o. 3.7.

14 Zie nr. 2.

15 Zie hierover nader Asser/*Van den Berg* 7-VI 2013/71b.

16 In deze zin ook A-G Keus in zijn conclusie voor dit arrest onder 2.8; C.E.C. Jansen in zijn NJ-noot bij dit arrest (hierboven geciteerd in noot 5) onder 4-7.

in de belangen van deelnemers aan de aanbesteding.¹⁷ Zoals hierboven¹⁸ mede op grondslag van het arrest Baris/Riezenkamp is uiteengezet, rechtvaardigen die belangen dat de aanbesteder jegens de deelnemers aan zijn aanbesteding de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht neemt, opdat zij ervan verzekerd zijn dat tegenover hun inspanningen om een concurrerende aanbieding te doen, ook een faire en gelijke kans bestaat op het verwerven van de opdracht. Nu de aanbesteder in de onderhavige gevalssituatie geen afstand heeft genomen van die grondregel en evenmin van de beginselen die de gehoudenheid daaraan in de context van een aanbesteding nader inkleuren, mogen de deelnemers m.i. erop vertrouwen dat de aanbesteder zich daaraan zal houden.

Een vergelijkbaar kennisniveau kan niet als vanzelf worden aangenomen bij een aanbesteder van de tweede categorie. Weliswaar geldt ook voor een particulier die als aanbesteder optreedt, dat hij rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van de deelnemers aan de aanbesteding, maar laatstgenoemden kunnen er niet zonder meer op vertrouwen dat die particulier op de hoogte is van de concretisering van deze grondregel in de beginselen van aanbestedingsrecht. Van een particulier kan dan ook niet een zelfde procedurele zorgvuldigheid worden verwacht als van een professionele aanbesteder mag worden gevergd.¹⁹ Maar ook een particulier kan begrijpen dat 'leuren' (doorspelen van informatie uit de offerte van de ene aanbieder om daarmee een onderbieding door een andere aanbieder uit te lokken) een oneerlijke praktijk is die de betreffende deelnemer dupeert, omdat hij daardoor geen reële mogelijkheid heeft dat tegenover zijn inspanningen een faire kans staat op het verwerven van de opdracht.

Mogelijk is ten slotte nog dat een particulier voor de organisatie van zijn aanbesteding een professionele adviseur inschakelt met ervaring en deskundigheid op het gebied van aanbesteden. In dat geval ligt het in de rede om het bij de professionele adviseur aanwezige kennisniveau toe te rekenen aan die particulier, zodat aan hem hogere eisen van procedurele zorgvuldigheid mogen worden gesteld.²⁰

4 Kunnen beginselen van aanbestedingsrecht onbeperkt worden uitgesloten?

De aanleiding tot het hier besproken arrest vormde een handelwijze van KLM die niet bepaald spoorde met het predicaat 'Koninklijke' dat deze onderneming al sinds de oprichting in 1919 met gepaste trots in haar naam voert. In de door haar gestipuleerde aanbestedingsvoorwaarden had KLM zich een zodanige vrijheid van handelen voorbehouden, dat zij zich naar believen kon onttrekken aan de beginselen van aanbestedingsrecht, hetgeen zij vervolgens ook daadwerkelijk heeft gedaan. Maar kon dat voorbehoud eigenlijk wel door de juridische beugel? De Hoge Raad vindt van wel.²¹ Uit de *contracts-vrijheid* vloeit, aldus de Hoge Raad, voort dat het partijen in een private aanbesteding in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten. Dit laat echter onverlet,

17 Jansen, t.a.p. nr. 6.

18 Zie nr. 2.

19 Zie *Asser/Van den Berg* 7-VI 2013/71a; in deze zin ook B.J.H. Blaisse-Verkooyen in haar TBR-noot onder dit arrest (hierboven geciteerd in noot 5).

20 In deze zin ook J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 'Private aanbestedingen: (weer) vrijheid blijheid?', *MvV* 2013/7-8, p. 237; C.E.C. Jansen in zijn NJ-noot bij dit arrest (hierboven geciteerd in noot 5) onder 7.

21 Zie r.o. 3.7.

zo laat de Hoge Raad hierop volgen, dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

Het door de Hoge Raad gekozen uitgangspunt is dus dat private aanbesteders in hun aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel kunnen uitsluiten. Deze beginselen vormen echter een concretisering van de grondregel uit het arrest Baris/Riezenkamp voor de situatie van een aanbesteding. Als men de toepasselijkheid van deze beginselen mag wegcontracteren, worden daarmee feitelijk ook de maatstaven van redelijkheid en billijkheid weggecontracteerd en wordt de grondregel uit het arrest Baris/Riezenkamp in aanbestedingssituaties tot een lege huls.²² Dat geeft aanbesteders een vrijbrief om de prijzen te drukken door met de inschrijvingen te leuren totdat de uitkomst hen bevalt.²³ Dat is ook precies wat er in de onderhavige zaak is gebeurd.

Hoewel ik de uitkomst van het arrest daarom onbevredigend vind, ben ik niet helemaal verrast door de doorslaggevende rol die de Hoge Raad in zijn redenering toekent aan het beginsel van de contractsvrijheid. Zo kan men het standaardarrest CBB/JPO²⁴ over afgebroken onderhandelingen al zien als een voorbode van de relativisering van de grondregel uit het arrest Baris/Riezenkamp. De Hoge Raad opende in het arrest CBB/JPO zijn overwegingen niet meer – zoals in vroegere arresten nog het geval was – met een referte aan de in het arrest Baris/Riezenkamp gegeven grondregel, maar verwees daarnaar nog slechts in een tussen aandachtstreepjes geplaatst *terzijde*.²⁵ De Hoge Raad stelde echter de vrijheid van onderhandelen voorop.

Ook in het arrest KLM/CCC wordt nog wel lippendienst bewezen aan het arrest Baris/Riezenkamp door de verwijzing – tussen haakjes – naar zijn eerdere arrest inzake RZG/ComforMed. In dat arrest was echter op basis van de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid regelrecht de verplichting voor de aanbesteder aangenomen om de deelnemers aan de aanbesteding gelijk te behandelen. In het arrest KLM/CCC wordt de aanwezigheid van een dergelijke verplichting daarentegen afhankelijk gesteld van het antwoord op de vraag of de deelnemers aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en billijkheid in acht zal nemen, ‘zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen’.²⁶ Dat is een veel terughoudender formulering dan in het arrest RZG/ComforMed viel te lezen. Bovendien wordt thans benadrukt dat uit het beginsel van de contractsvrijheid voortvloeit dat het de private aanbesteder in beginsel

22 Zie J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, ‘Private aanbestedingen: (weer) vrijheid blijheid?’, *MvV* 2013/7-8, p. 236. Hebly en Meesters (a.w. p. 237) menen overigens dat uitsluiting van de beginselen van aanbestedingsrecht onverlet laat dat het in Baris/Riezenkamp omschreven kader nog steeds van toepassing is en dat er daarom een op redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting blijft bestaan om de deelnemers aan de aanbesteding fatsoenlijk en eerlijk te behandelen. Zulks zou echter een verplichting inhouden om de deelnemers een gelijke kans te bieden op het verwerven van de opdracht. Dat is echter juist de strekking van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel waarvan de Hoge Raad volledige uitsluiting toelaat. Ik vrees daarom dat genoemde auteurs een te rooskleurige voorstelling hebben van de consequenties van het arrest.

23 Als vorige noot.

24 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467; *BR* 2006, p. 382, m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

25 Zie daarover nader M.A.M.C. van den Berg in zijn *BR*-noot onder het arrest CBB/JPO (geciteerd in de vorige noot) onder 2.

26 Zie r.o. 3.4.

vrijstaat de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten.

De ook in het arrest KLM/CCC tot uitdrukking komende relativisering van de grondregel uit het arrest Baris/Riezenkamp ten gunste van het beginsel van de contractsvrijheid, acht ik geen goede ontwikkeling. De deur wordt daarmee wagenwijd opengezet voor (private) aanbesteders die in aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van de beginselen van aanbestedingsrecht willen uitsluiten. De enige grens die daaraan wordt gesteld, vormt een verwijzing naar de mogelijkheid om een beroep te doen de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Daarvoor geldt echter de zware eis dat de uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Het zal daarom niet meevallen om de uitsluiting van de toepasselijkheid van de beginselen van aanbestedingsrecht met succes aan te vallen. Een situatie waarin dat mogelijkerwijs wel kan lukken, doet zich voor in geval de aanbesteder op de betreffende deelmarkt een *dominante machtspositie* inneemt. Een onder de druk van dat machtsoverwicht afgedwongen uitsluiting van de toepasselijkheid van de beginselen van aanbestedingsrecht, zou dan mogelijk geredresseerd kunnen worden door een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te oordelen.²⁷ Indien de aanbesteder op de betreffende deelmarkt geen dominante machtspositie inneemt, zal een beroep op de uitsluiting van de toepasselijkheid van de beginselen van aanbestedingsrecht evenwel niet snel onaanvaardbaar worden geoordeeld. Wellicht zou dan nog wel van belang kunnen zijn of er zich op de betreffende deelmarkt een ernstige mate van vraaguitval voordoet. In die situatie verkeren de aanbieders op die markt immers eveneens in een afhankelijke positie, waardoor zij zich gedrongen zullen voelen ook onredelijke aanbestedingsvoorwaarden toch maar voor lief te nemen, omdat zij zich anders uit de markt prijzen. In situaties waarin de aanbieders in een meer gelijkwaardige positie verkeren, zal de aanbesteder echter weinig vrees hoeven te hebben dat een beroep op de uitsluiting van de toepasselijkheid van de beginselen van aanbestedingsrecht onaanvaardbaar zal worden geacht. Wel zou de aanbesteder zich door die uitsluiting danig in eigen vlees kunnen snijden. De aanbieders kunnen zich namelijk in die situatie permitteren om weloverwogen een afweging te maken of zij het risico van een ongelijke en onheldere aanbestedingsprocedure al of niet zullen nemen. De kans is dan groot dat geschikte aanbieders zullen afhaken waardoor de mededinging niet optimaal zal zijn.²⁸ De uitsluiting heeft dan een voor de aanbesteder nadelig boemerangeffect.

27 Zie C.E.C. Jansen, *De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenissenrechtelijk perspectief* (preadvies NVvA), Den Haag: Sdu 2009, p. 63-64.

28 Zie Jansen, *ibidem*, p. 68; zie ook B.J.H. Blaisse-Verkooyen in haar TBR-noot onder dit arrest (hierboven geciteerd in noot 5).

18 New Rules in Public Procurement – for better, for worse, or another dog’s breakfast?

Laurence Gormley

1 Introduction

2014 marks a watershed year in the history of public procurement, with the adoption of three new directives by the European Parliament and the Council.¹ Like all compromises, this package tries to have something for everyone and not to dissatisfy people too much. A particularly significant development is the extraordinarily detailed use of the preambles to the directives to steer policy and interpretation with a very high degree of control. The public sector procurement directive has 138 recitals; the utilities directive has 142, and the concessions directive 88. The European Parliament has been extremely active in enlarging the recitals, both in numerical terms and in policy steering terms. This means that contracting authorities and entities will have to have very careful regard to the preamble in their interpretation and application of the directives, as will the courts and the drafters of national implementing legislation. Gone are the days when Member States could think of ditching an unwanted point in the preamble and pretending that it was not binding: the Court of Justice has on many occasions demonstrated the importance of recitals in preambles.²

Arrowsmith has suggested that there should be a single directive based on the present scheme for the utilities, which would consolidate the present public procurement directive, the utilities directive, and the defence and security directive, in which concessions,

1 Directive 2014/24 (O.J. 2014 L 94/65) on public procurement; Directive 2014/25 (O.J. 2014 L 94/243) on procurement by utilities, and Directive 2014/23 (O.J. 2014 L 94/1) on concession contracts.

2 See, in relation to procurement, e.g. Case C-392/93 *The Queen v H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc* [1996] ECR I-1631 at 1664–1666; Case C-76/97 *Tögel v Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* [1998] ECR I-5357 at 5403; Case C-411/00 *Felix Swoboda GmbH v Österreichische Nationalbank* [2002] ECR I-10567 at 10607–10608; Joined Cases C-462 & 463/03 *Strabag AG et al. v Österreichische Bundesbahnen* [2005] ECR I-5397 at 5421–5422; Case C-337/06 *Bayerischer Rundfunk et al. v GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH* [2007] ECR I-11173 at 11220–11221; Case C-412/04 *Commission v Italy* [2008] ECR I-619 at 666; Case C-337/05 *Commission v Italy* [2008] ECR I-2173 at 2214; Case C-250/07 *Commission v Greece* [2009] ECR I-4369 at 4399; Case C-138/08 *Hochtief AG et al. v Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság* [2009] ECR I-9889 at 9910; Case C-95/10 *Strong Segurança SA v Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança* [2011] ECR I-1865 at 1877–1878, 1882.

including service concessions, could be regulated.³ That suggestion has, however, fallen on deaf ears.

2 Social, environmental and other criteria

A major feature of the European Parliament's activism has been the further infusion of the directive with political correctness; the interests or values concerned are eminently laudable, but the potential downside is that there is likely to be even more political interest in procurement decisions, as opposed to judgment on the real merits of proposals, than hitherto (although there has never really been a time when procurement was free of political direction). Unsurprisingly, the practice of taking account of developments in the case-law of the Court of Justice continues, particularly, but certainly not exclusively, in connection with the application of social and environmental criteria.⁴ One of the most interesting innovations is the requirement that in the implementation of the directives the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities should be taken into account, 'in particular in connection with the choice of means of communications, technical specifications, award criteria and contract performance conditions'.⁵ The importance of environmental, social and labour requirements is emphasized further, in particular the need to ensure compliance with obligations that apply

3 See S. Arrowsmith, *Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility* (2012) 21 PPLR 71.

4 See e.g. over the years, Case C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy AB v Helsingin Kaupunki et al* [2002] ECR I-7213; Case C-448/01 *EVN AG & Wienstrom GmbH v Republik Österreich* [2003] ECR I-14527; Case C-368/10 *Commission v Netherlands* [2012] ECR I-nyr (May 10, 2012). As to social criteria, see the earlier judgments in Case 31/87 *Gebroeders Beentjes v Netherlands* [1988] ECR 4635 & Case C-225/98 *Commission v France* [2000] ECR I-7445. See also the Commission's Interpretative Communication COM (2001) 274 final. See, generally, S. Arrowsmith & P. Kunzlik (eds.), *Social and Environmental Policies in EU Procurement Law* (Cambridge, 2009); R. Caranta & M. Trybus (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen, 2010); P. Kunzlik, *From Suspect Practice to Market-based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to 'Green' Public Procurement* (2013) 22 PPLR 97; P. Kunzlik, *Green Public Procurement – European law, Environmental Standards and 'What to Buy' Decisions* (2013) JEnv.L 173, & P. Kunzlik, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime* (2012–2013) Camb.YB Eur.LS 283 at 312 et seq.

5 New York, 13 December 2006, 2515 UNTS 3, approved by Council Decision 2010/48 (OJ 2010 L 23/35). See recital 3 in the public procurement directive and recital 5 in the utilities directive. There is no equivalent recital in the concessions directive. The Convention can be interpreted by the Court of Justice in relation to its effects in EU law, as it forms part of the EU legal order.

at the place where the works are executed or services provided.⁶ During contract performance, compliance with applicable provisions in the fields of environmental, social and labour law established by European Union law, national law, collective agreements or by certain specified international agreements ratified by all the Member States is specifically required.⁷ The interests of sheltered workshops or social businesses are also recognized.⁸

3 Thou givest them their meat in due season⁹

Perhaps the biggest revolution is that the possibility of awarding a contract solely based on the lowest price will disappear under the new directives. Thus the sole criterion for the award of public and utilities contracts will be the most economically advantageous tender (MEAT).¹⁰ MEAT from the view of the contracting authority (or entity, as appropriate) is to be 'identified on the basis of the price or cost, using a cost-effectiveness approach, such as life-cycle costing',¹¹ and may include the best price-quality ratio, which is to be assessed on the basis of criteria, including qualitative, environmental and/or social aspects, linked to the subject-matter of the (public) contract in question.¹² The new directives then give illustrations of such criteria.¹³ It is permissible for the competition to be on the basis of quality only, with the cost element taking the form of a fixed

6 See recital 37 in the new public procurement directive; recital 52 in the new utilities directive, and recital 55 in the new concessions directive. Control of the observance of environmental, social and labour law provisions should be performed at the relevant stages of the procurement procedure, when applying the general principles governing the choice of participants and the award of contracts, when applying the exclusion procedure and when applying the provisions concerning abnormally low tenders; verification of observance should be carried out in accordance with the relevant provisions of the respective directives, in particular those dealing with means of proof and self-declarations, see the new public procurement directive, recital 40 and the new utilities directive, recital 55. The nearest equivalent in the new concessions directive is recital 58, which refers to controls at the relevant stages of the concession award procedure, when applying the general principles governing the choice of participants and the award of contracts, and when applying the exclusion criteria.

7 *Ibid.* See the new public procurement directive, Art. 18(2), Arts. 70 & 71(1), & Annex X; the new utilities directive, Arts. 36(2) & 87 & Annex XIV, and the new concessions directive, Arts. 30(3) & 42, & Annex X. There is provision for these Annexes to be amended by delegated acts adopted by the Commission to add new agreements, delete or take account of existing agreements listed, see the new public procurement directive, Art. 56(4); the new utilities directive, Art. 76(8), & the concessions directive, Art. 30(4).

8 See recital 36 & Art. 20 in the new public procurement directive and recital 51 & Art. 38 in the new utilities directive.

9 Psalm 145, v. 15 (King James Version); Grace, Middle Temple, London.

10 New public procurement directive, Art. 67(1); new utilities directive, Art. 82(1).

11 In accordance with *ibid.*, Arts. 68 & 83, respectively.

12 *Ibid.*, Arts. 67(2), 1st. subpara. & 82(2), 1st subpara., respectively.

13 These are: (a) quality, including technical merit, aesthetic and functional characteristics, accessibility, design for all users, social, environmental and innovative characteristics and trading and its conditions; (b) organisation, qualification and experience of staff assigned to perform the contract, where the quality of the staff assigned can have a significant impact on the level of performance of the contract; or (c) after-sales service and technical assistance, delivery conditions such as delivery date, delivery process and delivery period or period of completion. See the new public procurement directive, Art. 67(2), 1st. subpara., (a)–(c) & the new utilities directive, Art. 82(2), 1st. subpara., (a)–(c).

price or cost.¹⁴

The new directives leave Member States the discretion to provide that contracting authorities or entities may not use price only or cost only as the sole award criterion or restrict their use to certain categories of contracting authorities or entities or certain types of contracts.¹⁵ The new directives clearly restrict further than the present directives do the concept of criteria 'linked to the subject-matter of the (public) contract in question.' Thus such award criteria must 'relate to the works, supplies or services or services to be provided under that contract in any respect and at any stage of their life cycle' and include factors involved in '(a) the specific process of production, provision or trading of those works, supplies or services; or (b) a specific process for another stage of their life-cycle, even where such factors so not form part of their material substance.'¹⁶ However, it is expressly not the intention that award criteria could confer on contracting authorities or entities an unrestricted freedom of choice: the criteria must ensure the possibility of effective competition and must be accompanied by specifications which allow information provided by tenderers to be effectively verified so that assessment of how well the tenders meet the award criteria can take place; effective verification by the contracting authority or entities of the accuracy of the information and proof provided by the tenderers is required in case of doubt.¹⁷ Except where the MEAT is identified on the basis of price alone, the contracting authority or entity must specify in the procurement documents, the relative weighting that it gives to each of the criteria chosen to determine the MEAT.¹⁸

As is clear from the above, the possibility of deciding that price alone is the criterion to determine the MEAT has not entirely disappeared as a policy option. Despite calls from some quarters for the provisions on the treatment of abnormally low tenders to be dropped, they have been retained and indeed adjusted, reflecting unsurprisingly also the importance of compliance with environmental, social and labour law obligations, as well as the need to ensure effective control of subcontractors, and the involvement of State aid.¹⁹ These points also reflect the fact that much can go wrong at the subcontracting stage; indeed, a main contractor who is apparently legitimate might well be using a subcontractor of distinctly dubious reputation, or actually be a front for organized crime or cozy cartels at the subcontracting level.

Performance conditions are specifically permitted, provided that they are linked to the subject-matter of the contract, as set out above, and indicated in the call for competition or in the procurement documents; these conditions may include economic, innovation-related, environmental, social or employment-related considerations.²⁰

The concessions directive requires that concessions be awarded on the basis of objective criteria which comply with the principles of equal treatment, non-discrimination and transparency,²¹ and which ensure that tenders are assessed in conditions of effective competition as to identify an overall economic advantage for the contracting authority or contracting entity concerned.²² Unsurprisingly, these award criteria must be linked to

14 See *ibid.*, 2nd subpara.

15 *Ibid.*, 3rd subpara.

16 *Ibid.*, Arts. 67(3) & 82(3), respectively.

17 *Ibid.*, Arts. 67(4) & 82(4), respectively.

18 *Ibid.*, Arts. 67(5) & 82(5), respectively.

19 See *ibid.*, Arts. 69 & 84, respectively.

20 See *ibid.*, Arts. 70 & 85, respectively.

21 These are the criteria set out in detail in the new concessions directive, Art. 3.

22 *Ibid.*, Art. 41(1).

the subject-matter of the concession and must not confer on the contracting authority or contracting entity an unrestricted freedom of choice; they may, predictably, include, inter alia, environmental, social, or innovation-related criteria; they must be accompanied by requirements that allow the information which the tenderers provide to be effectively verified, and verification of whether the tenderers properly meet the award criteria must take place.²³

4 Some interesting exclusions

As a result of ferocious lobbying, a number of significant extra exclusions²⁴ have been inserted into the new directives on the insistence of the Parliament: thus radio media services and programme provision for radio are added, as are a number of legal services: legal representation in arbitration; conciliation or judicial proceedings; legal advice in preparation of such proceedings, where there is a tangible indication and high probability that the matter covered by that advice will become the subject of such proceedings;²⁵ document certification and authentication services which must be provided by notaries; legal services provided by trustees or appointed guardians or other legal services the providers of which are designated by a court or tribunal in the Member State concerned or are designated by law to carry out specific tasks under the supervision of such tribunals or courts, and other legal services in which in the Member State concerned are connected, even occasionally, with the exercise of official authority. Loans, whether or not in connection with the issue, sale, purchase or transfer of securities or other financial instruments, and civil defence, civil protection, and danger prevention services provided by non-profit organisations or associations covered by certain Common Procurement Vocabulary (CPV) codes are also excluded, save patient transport ambulance services.²⁶ Political campaign services covered by three specific CPV codes, when awarded by apolitical party in the context of an election campaign are also excluded.

The European Parliament has also ensured that the directives are also not applicable to certain service contracts awarded on the basis of an exclusive right that is enjoyed pursuant to a law, regulation or published administrative provision that is compatible with the Treaty on the Functioning of the European Union.²⁷

23 *Ibid.*, Art. 41(2). Art. 41(3) deals with listing the criteria in descending order of importance and leaves open the possibility, provided that no discrimination results, of modifying the ranking order where a tender proposing an innovative solution with an exceptional level of functional performance which could not have been foreseen by a diligent contracting authority or contracting entity is received. The modification must be notified to all tenderers, a new invitation to tender must be issued, or, if the award criteria have been published at the time of the publication of the concession notice, a new concession notice must be published.

24 See, for the full list of specific exclusions for service contracts, the new public procurement and utilities directives, Arts. 10 & 21 respectively, and the new concessions directive, Art. 10(7).

25 Such advice must be given by a lawyer within the meaning of Directive 77/249 (OJ 1977 L 78/17).

26 See also Case C-160/08 *Commission v Germany* [2010] ECR I-3759.

27 See the new public procurement directive, Art. 11 & the new utilities directive, Art. 22. See also, in respect of lottery concessions, the new concessions directive, Art. 10(9).

5 Clarifications and clear improvements

The possibility of cooperation between contracting authorities or between contracting authorities and legal persons controlled by them has been clarified in the new directives, as has procurement involving defence and security aspects and the relationship of the new directives with the defence and security procurement directive.²⁸

Of particular significance and interest are the new provisions relating to the choice of procedures. Here a number of features stand out. The place of innovation partnerships as a procurement tool is emphasised, as the choice whether to use such partnerships is expressly left to the contracting authority or the contracting entity, with the Member States having no discretion about permitting them to make such a choice.²⁹ The same approach is taken in relation to the use of competitive dialogues.³⁰ In relation to the latter there will be considerably more flexibility about when such dialogues can be used: the present restriction to particularly complex contracts given way to a broader range of situations, confirming that the use of competitive dialogues has come of age and that they are a successful and reliable procedure. The new public procurement directive also provides that the Member States must give contracting authorities the option of using a competitive procedure with negotiation.³¹ The rules governing the use of a negotiated procedure without prior publication have been tightened and better defined, in particular as far as suitability of tenders and requests for participation.³²

The directives have also taken account of modern procurement methods: the framework agreements provisions have been improved; as have the provisions dealing with dynamic purchasing systems, and proper provision has been made for electronic procurement, the use of electronic catalogues, and centralized purchasing.³³ There is also provision for occasional joint procurement and procurement involving contracting authorities or entities from different Member States.³⁴ There are now clear rules on the division of contracts into lots,³⁵ and on label requirements and test reports, certification and means of proof.³⁶

In relation to the criteria for qualitative selection, significant changes will occur. Convictions for terrorist or terrorist-related offences (including incitement, aiding or abetting or attempts), terrorist financing, and child labour and other forms of human trafficking join the lists of offences which are grounds for mandatory exclusion.³⁷ Mandatory

28 Directive 2009/81 (OJ 2009 L 216/76). See the new public procurement directive, Arts. 15–17; the new utilities directive, Arts 24–27, & the concessions directive, Arts. 20–21.

29 See the new public procurement directive, Art. 26(3) & the new utilities directive, Art. 44(3). As to the procedure, see Arts. 31 & 49, respectively.

30 *Ibid.*, Arts. 26(4) & 44(3), respectively. As to the actual procedure, see Arts. 30 & 48, respectively.

31 See the new public procurement directive, Art. 26(4); see, as to the procedure, Art. 29. In relation to the utilities, the nearest equivalent (although much simpler in its requirements) is the negotiated procedure with prior call for competition, see the new utilities directive, Art. 44(2), and, as to the procedure, Art. 47.

32 See the new public procurement directive, Art. 32, & the new utilities directive, Art. 50.

33 *Ibid.*, Arts. 33–37 & Arts. 51–55, respectively.

34 *Ibid.*, Arts. 38–39 & Arts. 56–57, respectively.

35 *Ibid.*, Art. 46 & Art. 65, respectively.

36 *Ibid.*, Arts. 43–44 & 61–62, respectively.

37 *Ibid.*, Art. 57(1), Art. 80(1) (by reference), respectively (mandatory for a contracting authority, optional in respect of entities); new concessions directive. Art. 38(4).

exclusion of an economic operator will also apply if the convict concerned is a member of that operator's administrative, management or supervisory body, or has powers of representation, decision or control therein.³⁸

One of the most interesting changes is that breach of tax or social security obligations will lead to mandatory exclusion, normally, as opposed to having been a ground on which exclusion could result; that has, however, been mitigated by a certain degree of flexibility in very specific circumstances. If the contracting authority or entity is aware that the economic operator is in breach of its obligations to pay tax or social security contributions, and that this breach has been judicially or administratively finally and bindingly established by a decision under the legal provisions either of the country in which the operator is established or under those of the contracting authority or entity, mandatory exclusion results.³⁹ Moreover, if it can be demonstrated by appropriate means by the contracting authority or entity that the operator is in breach of its obligations to pay tax or social security contributions, exclusion will be discretionary, although Member States may choose to make it mandatory.⁴⁰ If, though, the operator has fulfilled its obligations by entering into a binding arrangement with a view to paying the sums due for tax or social security contributions, including, as appropriate, interest or fines, the exclusion ground no longer applies.⁴¹ The prodigal son approach is evident. A derogation from these grounds of mandatory exclusion may, exceptionally, be permitted by Member States, for overriding reasons relating to the public interest such as public health or environmental protection; they may also provide for a derogation where exclusion would be clearly disproportionate because of the minor amounts involved, or where the economic operator was informed of the exact amounts required to be paid following a breach too late to be able to reach a binding arrangement to pay before the expiry of the deadline for requesting participation or, in open procedures, of the deadline for submitting its tender.⁴²

The discretionary grounds for exclusion may be left open to the contracting authorities or contracting entities, although those grounds may be made mandatory if the Member State concerned so decides.⁴³ A number of interesting differences with the present regime deserve highlighting. If the contracting authority or entity can demonstrate by any appropriate means a violation of environmental, social or labour law obligations, exclusion may or must follow, according to what the Member State has decided.⁴⁴ Bankruptcy, insolvency, arrangements with creditors or suspension of business activities, if Member States so choose, need not necessarily lead to exclusion if the contracting authority or entity establishes that the economic operator concerned would be able to perform the contract, taking account of the national rules and measures applicable to the continuation of businesses: it is up to the Member States to require such non-exclusion or to leave it up to the contracting authority or entity.⁴⁵ Exclusion for grave professional misconduct will be somewhat nuanced: the demonstration of such misconduct will

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*, Art. 57(2), Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(5), respectively.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, Art. 57(3), Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(6), respectively.

43 *Ibid.*, Art. 57(4), Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7), respectively.

44 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st Subpara., (a), Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7)(a), respectively.

45 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st subpara., (b) & 2nd subpara.; Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7)(b), respectively.

have to be by appropriate means, as opposed to by any means, and the misconduct will have to be such that it renders the integrity of the economic operator questionable.⁴⁶

The importance of undistorted competition in procurement is made manifest by the possibility or obligation to exclude an economic operator where the contracting authority or entity has sufficiently plausible indications to conclude that the operator has entered into agreements with others aimed at distorting competition.⁴⁷ This ground, understandable in view of the notorious secrecy of cartels and the difficulty of obtaining concrete proof, is nevertheless disturbing: innuendo, gossip, and downright misinformation could in the wrong circumstances be mistaken for sufficiently plausible indications. It is certainly an open invitation to litigation, and it may be expected that considerable case-law will be generated by any attempt to exclude on this ground. Equally inviting to litigation are the exclusion grounds of conflicts of interest that cannot be effectively remedied by other less intrusive measures,⁴⁸ and exclusion on the ground of distortion of competition from the prior involvement of the economic operators in the preparation of the procurement procedure, where such distortion cannot be effectively remedied by other less intrusive measures.⁴⁹

Significant or persistent deficiencies in performance concerning a substantive requirement in a prior public, utilities or concession contract which led to early termination of that prior contract, damages or other comparable sanctions will become a specific ground for exclusion.⁵⁰ Serious misrepresentation in the information supplied for verification of the absence of grounds for exclusion or the fulfillment of the selection criteria, or withholding such information, or a failure to submit the required supporting documents, is also a ground for exclusion.⁵¹ Finally, exclusion may or must result where the economic operator has undertaken to influence unduly the decision-making process of the contracting authority or entity, to obtain confidential information which could confer undue advantages on the operator in the procurement procedure, or to negligently provide misleading information that could have a material influence on decisions concerning exclusion, selection, or award.⁵² In relation to concessions contracts, there is an additional exclusion ground, namely where concessions in the defence and security fields as referred to in Directive 2009/81⁵³ are concerned, if the economic operator has been found, on the basis of any means of evidence, including protected data sources, not to possess the reliability necessary to exclude risks to the security of the Member State.⁵⁴ While this too is a disturbing ground for exclusion, being founded on any means of evidence, the interests of participants are not entirely neglected, as is observed below. At any time during the procedure, contracting authorities or entities must exclude an

46 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st subpara., (c); Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7)(c), respectively.

47 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st subpara., (d); Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7)(e), respectively.

48 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st subpara., (e); Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7)(d), respectively. As to conflicts of interest, see Arts. 24, 42, & 35, respectively.

49 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st subpara., (f); Art. 80(1) (by reference), respectively. As to prior involvement, see Art. 40 & Art. 59, respectively. The new concessions directive has no equivalent provision.

50 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st subpara., (g); Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7)(f), respectively.

51 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st subpara., (h); Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7)(g), respectively. For the new public procurement directive, the supporting documents are those required by Art. 59.

52 *Ibid.*, Art. 57(4), 1st subpara., (i); Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7)(h), respectively.

53 See n. 24, *supra*.

54 See the new concessions directive, Art. 38(7)(i).

economic operator where it turns out that it is in breach of the mandatory exclusion grounds in view of acts committed before or during the procedure.⁵⁵ At any time during the procedure, contracting authorities or entities may, or may be required to by Member States, exclude an economic operator where it turns out that it is in breach of the other exclusion grounds in view of acts committed before or during the procedure.⁵⁶

The measure of protection against arbitrary or capricious exclusion involves the economic operator proving that it has taken measures sufficient to prove its reliability despite the existence of a relevant ground for exclusion; if that evidence is considered to be sufficient, then the operator must not be excluded from the procurement procedure.⁵⁷ For this purpose, the operator must prove that it has paid or undertaken to pay compensation for any damage caused by the criminal offence or misconduct, clarified the facts and circumstances in a comprehensive manner by active collaboration with the investigating authorities and taken concrete technical, organizational and personal measures that are appropriate to prevent further criminal offences or misconduct.⁵⁸ The measures which the operator has taken are to be evaluated taking into account the gravity and particular circumstances of the criminal offence or misconduct; if the measures are considered insufficient, the operator must be given a statement of reasons for that decision.⁵⁹ However, if the operator has been excluded by final judgment from participating in procurement or concession award procedures, it may not avail itself of the possibility of demonstrating its reliability during the period of exclusion as a result of that judgment in the Member States where the judgment is effective.⁶⁰ It is up to the Member States to determine, having regard to EU law, the implementing conditions relating to exclusion and proof of reliability: in particular they must determine the maximum period of exclusion if no remedial measures have been taken to demonstrate the reliability of the operator; if a final judgment did not set a period of exclusion, such a period may not exceed five years from the date of conviction by that final judgment for the automatically mandatory grounds of exclusion, and three years from the date of the event for the other grounds of exclusion.⁶¹

Plainly, the message is that co-operation and settlement of issues is rewarded, and that an operator that can show its house has been put in order will have a chance to stay in procedures, unless there has been an exclusionary judgment against it in the Member State concerned. The Union legislature was rightly unwilling to go so far as to permit an exclusionary judgment in one Member State from having automatic exclusionary effect throughout the European Union; such a course would be wholly unreasonable,

55 See the new public procurement directive, Art. 57(5), the new utilities directive, Art. 80(1) (by reference), & the new concessions directive, Art. 38(8), respectively. These grounds are those specified in Art. 57(1) & (2), Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(4) & (5), 1st subpara.

56 See the new public procurement directive, Art. 57(5), the new utilities directive, Art. 80(1) (by reference), & the new concessions directive, Art. 38(8), respectively. These grounds are those specified in Art. 57(4), Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(7) respectively.

57 *Ibid.*, Art. 57(6), 1st. subpara.; Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(9), 1st. subpara., respectively.

58 *Ibid.*, Art. 57(6), 2nd. subpara.; Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(9), 2nd. subpara., respectively.

59 Art. 57(6), 3rd. subpara.; Art. 80(1) (by reference) & Art. 38(9), 3rd. subpara., respectively.

60 *Ibid.*, Art. 57(6), 4th. subpara.; Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(9), 4th. subpara., respectively.

61 *Ibid.*, Art. 57(7); Art. 80(1) (by reference), & Art. 38(10), respectively.

as an example of an exclusionary judgment in, say, Malta or Luxembourg leading to ineligibility to participate in procurement or concessions procedures anywhere in the EU demonstrates. However, awareness that the operator has a final judicial or administrative decision taken against it because of breach of tax or social security contribution obligations in the country in which the operator is established or in the Member State of the contracting authority or entity is a good ground for exclusion (either optional or mandatory depending on the choice made). Thus an exclusion in Member State or in a third country in which the operator is established may well have serious consequences for eligibility in another Member State, although need not have if the Member state concerned has availed itself of the possibility or obligation to make an exception.⁶²

The overall conclusion must be that the directives have struck a reasonable balance between on the one hand the interests of compliance with legal requirements and on the other hand the possibility for economic operators to demonstrate that they have put their house in order.

Further aspects of clarification and improvement relate to greater control on the activities of subcontractors;⁶³ the possibility for modification of contracts during their term,⁶⁴ and the possibility of terminating a contract during its term.⁶⁵ All of these are significant improvements and improve legal certainty for all concerned, while ensuring that the various objectives of the directive are not compromised. Finally, improved monitoring and individual and national reporting, as well as administrative cooperation between Member States should facilitate improved enforcement.⁶⁶

6 Conclusions

Although this overview of the major changes which will take place in procurement law has identified some areas of concern, the overall impression is that the directives are a vast improvement on the present regimes, with considerably more detailed requirements which in part build on case-law and in part reflect the need for greater legal certainty in the field. Certainly the directives will disappoint those who propose that the EU procurement regime should confine itself to ensuring that principles are respected and that appropriate remedies are available. That view is untenable in the light of the continuing attempts by contracting authorities to escape from such rules as already exist. Almost invariably, when contracting authorities or entities want to escape from frameworks instead of using EU law to take the opportunity to improve their procurement practices, the nasty suspicion of collusion or corruption, or political interference is not far away. While the new directives will certainly not discourage political interest – in achieving environmental, social and labour law objectives in particular, they do lay down a clear and coherent framework to limit arbitrariness and abuse. The directives themselves, it is submitted, have struck a well-balanced line, leaving still a considerable discretion to the

62 See n. 41, *supra*, and text thereto.

63 See the new public procurement directive, Art. 71; the new utilities directive, Art. 88, & the new concessions directive, Art. 42.

64 *Ibid.*, Art. 72; Art. 89, & Art. 43, respectively.

65 *Ibid.*, Art. 73; Art. 90, & Art. 44 (termination of concessions), respectively.

66 See the new public procurement directive, Arts. 83–86 & the new utilities directive, Arts. 99–102. The new concessions directive, Art. 45 deals with monitoring and reporting.

Member States; it is now up to the Member States not to make a dog's breakfast of the implementation and application of these measures.

Valedictory

Dick, it has been a great pleasure to have worked with you for rather more years than either of us would care to remember, and I wish you well in your new status as Emeritus Professor. Your commitment to your discipline has been outstanding, and the construction law world in the Netherlands has benefited greatly from your research, scholarship and teaching.

19 Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen: 20 jaar later

Karin Schreuder¹

1 Inleiding

Twintig jaar geleden – in 1994 – verdedigde ik mijn proefschrift *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*. Promotores waren Dick Lubach en Vino Timmerman. Toen, in de jaren 80 van de vorige eeuw, werd (politieke) nadruk gelegd op privatisering en efficiënte publieke taakverrichting door de rijksoverheid. Met dit streven kwamen private organisatievormen als de vennootschap en de stichting nadrukkelijker in beeld als alternatief voor taakverrichting door de publiekrechtelijke overheid. Een actueel onderwerp om een proefschrift over te schrijven.

In 2012 verscheen het dikke rapport ‘Verbinding verbroken?’ van de Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten.² Deze rapportage is de weerslag van een parlementair onderzoek van de Eerste Kamer naar verzelfstandiging en privatisering. Dit rapport vindt zijn plaats tussen talloze initiatieven die de afgelopen twintig jaar zijn genomen tot verdere ontwikkeling van toetsingskaders, doorlichtingen en nader onderzoek naar privatisering en verzelfstandiging. Ook nu dus – twintig jaar later – staat privatisering nog steeds in de belangstelling.

In mijn proefschrift lag de nadruk op motieven voor keuze voor een private organisatievorm en bestuursrechtelijke en ondernemingsrechtelijke aspecten. Centrale stelling in het proefschrift was dat niet voor inschakeling van private rechtspersonen moet worden gekozen wanneer de aard van de opgedragen taak zich niet verdraagt met een normering waarin het eigen belang van de uitvoeringsorganisatie is verdisconteerd. In deze bijdrage verken ik hoe het diverse geprivatiseerde organisaties is vergaan. Welke specifieke problemen komen zij tegen en hoe worden die opgelost? Zijn er aandachtspunten voor toekomstige ontwikkelingen?

Ik beschrijf dit aan de hand van een schets van de ontwikkelde toetsings- en beleidskaders (paragraaf 2), behandel in vogelvlucht de ontwikkelingen bij zes geprivatiseerde organisaties (paragraaf 3), analyseer of blijkt van bijzondere problemen (paragraaf 4) en formuleer aan de hand daarvan enige aandachtspunten.

Het is steeds een discussiepunt hoe het gebruik van privaatrechtelijke organisaties voor de uitvoering van publiekrechtelijke taken moet worden gekwalificeerd. Gaat het om zelfstandige bestuursorganen (zbo’s), rechtspersonen met een wettelijke taak, deeltijd zbo’s, overheidsbedrijven of mogelijk slechts om een subsidie- of contractuele relatie? Verwarrend is dat een organisatie ook onder verschillende van deze arrangementen kan

1 Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

2 Parlementair Onderzoek Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten, *Kamerstukken I* 2012/13, C, B. https://www.eerstekamer.nl/kamerstukdossier/verbinding_verbroken_onderzoek.

vallen.

Globaal gezegd: onder welke definities de private organisatie met publieke taken gevangen kan worden, hangt af van de aard van de taak (uitoefening van openbaar gezag of niet), de bevoegdheden of sturingsmogelijkheden die de overheid (een publiekrechtelijke organisatie) ten aanzien van de taakverrichtende organisatie heeft en de regulering van de taak. Bij uitoefening van openbaar gezag is de organisatie een zelfstandig bestuursorgaan,³ bij vergaande bevoegdheden is het (ook) een overheidsbedrijf⁴ en bij wettelijke regulering is het (ook) een rechtspersoon met een wettelijke taak.⁵

2 Toetsings- en beleidskaders

2.1 De aanloop naar de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

Vanaf het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw werden privatisering en verzelfstandiging ingegeven door de wens om organisatievormen in te zetten waarin meer marktwerking mogelijk was⁶ en om te bezuinigen.⁷ Doel was een kleinere en efficiëntere rijksoverheid. Organisatie-onderdelen werden ad hoc op afstand geplaatst, keuze en vormgeving van organisaties verschillen, waarbij de redenen voor de verschillen niet duidelijk waren of casusgericht. Het rapport 'Steekhoudend ministerschap' (1993) van de Commissie-Scheltema is kritisch over deze diversiteit. De commissie stelt voor een Kaderwet te ontwikkelen, waarin de hoofdregels voor de inrichting en controle van zelfstandige bestuursorganen worden vastgelegd.⁸ In het bijzonder privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganen worden terughoudend bekeken.⁹ Alleen als wordt afgestoten zijn privaatrechtelijke vormen geschikt, aldus de commissie.

Volgens het in 1994 uitgebrachte rapport van de Commissie-Sint betekent privatisering dat de sturing wordt overgelaten aan de markt. Bij privatisering is er geen reden waarom de overheid de betreffende taak dient te blijven uitvoeren.¹⁰ Naar aanleiding van vragen over dit rapport geeft de regering aan dat van privatiseringen geen uitputtend overzicht voorhanden is. Veel privatiseringen, behalve die waarbij een machtigingswet op grond van artikel 34 van de Comptabiliteitswet aan de orde is, hebben de vorm van beëindiging van werkzaamheden in eigen beheer en uitbesteding ervan aan bestaande of door derden daarvoor opgerichte organisaties (bewaking, papierversnietiging, catering, dienstreizen).¹¹ Aandacht ontstaat voor het verrichten van commerciële neventaken naast de 'opgedragen' publiekrechtelijke taak: dit geeft een risico van concurrentievervalsing (de mogelijkheid om lagere kosten voor overhead te berekenen dan een andere on-

3 Van belang voor de toepassing van de Kaderwet zbo's.

4 Van belang bij een beoordeling vanuit de Mededingingswet.

5 Van belang voor het al dan niet bestaan van een controlerende bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer.

6 De Commissie Hoofdstructuur Rijksdienst, in het bijzonder de deelstudie 'Decentralisatie, privaatrechtelijke decentralisatie', Achtergrondstudie nr. 5, deel 3, 's-Gravenhage 1981.

7 Eerste ronde heroverweging collectieve uitgaven, *Kamerstukken II* 1982/83, 16 625.

8 *Kamerstukken II* 1992/93, 21 427, nrs. 40-41.

9 *Kamerstukken II* 1992/93, 21 427, nr. 41, p. 49.

10 *Kamerstukken II* 1994/95, 21 042, nr. 15.

11 *Kamerstukken II* 1994/95, 21042, nr. 16, p. 3

derneming omdat de organisatie haar bedrijfsmiddelen al betaalt uit de publieke taak) en het risico dat de uitoefening van de publieke taak in het gedrang komt.¹²

De Algemene Rekenkamer beziet de opbloei van zelfstandige bestuursorganen kritisch. In de rapportage 'Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid' (1995) wordt geconstateerd dat ministers in veel gevallen onvoldoende bevoegdheden hebben en dat een wildgroei aan zelfstandige bestuursorganen bestaat.¹³ De Rekenkamer doet aanbevelingen op het gebied van het gebruik van eenduidige definities, verduidelijking van taken, bekostigingswijze, samenstelling en inrichting, herbezinning op benodigde toezichtsbevoegdheden, verdergaande verantwoording en regelmatige evaluatie. Het kabinet Kok I onderschrijft deze aanbevelingen en benoemt daarbij nog in het bijzonder de gebrekkige of ontbrekende wettelijke grondslag voor de taakuitoefening van privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganen.¹⁴

Uit het latere rekenkameronderzoek 'Toezicht op uitvoering publieke taken'¹⁵ uit 1998 blijkt dat het toezicht van de ministers nog steeds gebreken vertoont en dat er onvoldoende afstemming tussen de departementen is. De WRR uit in zijn rapport 'Het borgen van publiek belang' (2000) stevige kritiek: 'de regering (heeft) de afgelopen jaren te vaak te ondoordacht en te onvoorbereid een keuze voor marktwerking (heeft) gemaakt, zonder dat zij zich van de (noodzaak van borging van) in het geding zijnde publieke belangen voldoende bewust is geweest.'¹⁶ Het kabinet Kok II reageert lauw, noemt het rapport abstract en het begrippenkader te ruim, en benadrukt dat wel degelijk leidraden en afwegingskaders zijn ontwikkeld en toegepast.¹⁷ Het negatieve beeld over verzelfstandiging en privatisering blijft consistent: ook in 2004 meldt de Algemene Rekenkamer in de rapportage 'Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak'¹⁸ dat het nog steeds niet veel beter gesteld is met toezicht en adviseert de regering – na geconstateerd te hebben dat de behandeling van de wetvoorstel Kaderwet zbo's en het wetsvoorstel Markt en overheid zijn gestokt – actief te werken aan een doelmatige set van wet- en regelgeving voor toezicht en verantwoording.

Op 1 februari 2007 treedt, na een lange aanloop van ruim tien jaar, de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (hierna: de Kaderwet) in werking. Deze wet geeft basisregels voor zbo's op het niveau van de centrale overheid ten aanzien van de organisatie, de ministeriële verantwoordelijkheid en financiële controle.¹⁹ Het gaat daarbij om bestuursorganen die bij of krachtens de wet met openbaar gezag zijn bekleed, en die niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister (artikel 1 Kaderwet). Hoewel artikel 4, eerste lid, van de Kaderwet een nadrukkelijke voorkeur uitspreekt voor publiekrechtelijke vormgeving ('Met openbaar gezag wordt alleen bekleed een orgaan van een rechtspersoon, die krachtens publiekrecht is ingesteld') is een uitzondering op dit uitgangspunt mogelijk indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging

12 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 130, nr. 5, p. 6.

13 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 3 en 4.

14 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 130, nr. 5, p. 5.

15 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 956, nrs. 1-2.

16 http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDF-Rapporten/Het_borgen_van_publiciek_belang.pdf, p. 162.

17 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 771, nr. 1. Pas veel later wordt het rapport hoger gewaardeerd en wordt het genoemd als standaardwerk als het gaat om de vraag hoe 'publiek belang' moet worden gedefinieerd.

18 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 450, nrs. 1-2.

19 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 426, nr. 3, p. 4 en 5.

van het daarmee te dienen openbaar belang en er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden (artikel 4, tweede lid, van de Kaderwet). De ministers brengen de zbo's die onder hun departement vallen, bij aparte wetten onder de Kaderwet. Niet alle departementen zijn daarmee even snel.²⁰ Na een eerste doorlichting concludeert de minister dat van de 73 zbo's die onder de Kaderwet zijn gebracht, 96% voldoet aan het format van deze wet.²¹

In 2012 is de Kaderwet, conform de termijn van de wettelijke evaluatiebepaling, geëvalueerd. Geconstateerd wordt dat per 1 januari 2012 34 bestaande zbo's onder de Kaderwet zijn gebracht en dat voor 28 zbo's wetgeving hiervoor in voorbereiding is.²²

De schets van de geschiedenis in vogelvlucht eindigt met het opnieuw noemen van het rapport 'Verbinding verbroken?' van de Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten. Het onderzoek richtte zich op het gevoerde beleid, het wetgevingsproces en de parlementaire besluitvorming bij privatiseringen en verzelfstandigingen. Belangrijkste bevinding is dat er een samenhangende visie mist op de rijksoverheid en het publiek belang. De bestuurlijke complexiteit is toe- in plaats van afgenomen. Gepleit wordt voor een eenduidiger begrippen- en beslis kader, uniforme regels voor verzelfstandiging, versterking van de regie en de taak van het parlement, betere sturingsinstrumenten, een betere inventarisatie van welke publieke belangen in het geding (kunnen) zijn en hoe deze geborgd kunnen of moeten worden, en meer horizontale verantwoording. Uit bijlage 4 bij het deelrapport blijkt dat bijna 100 evaluaties zijn verricht²³, maar van de resultaten daarvan maakt het parlement vrijwel geen gebruik.

De bevindingen van de Onderzoekscommissie worden in verschillende dossiers opgepikt, maar niet met grote voortvarendheid. Het beslis kader zal alleen worden gebruikt als checklist ten behoeve van het tijdig en adequaat informeren van het parlement, zo wordt in eerste instantie gemeld. Later wordt aangegeven dat de stappen in het beslis kader zullen worden geïntegreerd met het in de loop der jaren ontwikkelde privatiseringsbeleid.²⁴ Verder zal worden geprobeerd zbo's meer in het bezuinigingsgareel te krijgen: een aanpassing van de Kaderwet zbo's moet ervoor zorgen dat zbo's verplicht kunnen worden om mee te doen met onderdelen van de rijksbrede bedrijfsinfrastructuur en zbo's mogen ook niet buiten schot blijven bij rijksbrede bezuinigingen.²⁵ In januari 2014 stuurt de Minister voor Wonen en Rijksdienst het rapport 'Herpositionering zbo's' naar de Eerste Kamer.²⁶ Er zijn 21 privaatrechtelijke zbo's die hoofdzakelijk publieke taken uitvoeren. Conform de Kaderwet zbo's beveelt de rapportage aan dat deze zo veel

20 Bijvoorbeeld LNV in 2010 (*Strb.* 2009, 550), EZ in 2011 (*Strb.* 2010, 208), I en M in 2013 (*Strb.* 2012, 442 en V&J in 2014 (*Strb.* 2013, 450).

21 Verslag van een algemeen overleg, *Kamerstukken II* 2007/08, 25 268, nr. 69, p. 6-7, naar aanleiding van een brief van de minister d.d. 1 april 2008 met overzicht van zelfstandige bestuursorganen (25 268, nr. 63). De zbo's waarvoor een heroverweging of een herstructurering moet plaatsvinden, vallen niet onder de Kaderwet. Daarover wordt apart gerapporteerd: *Kamerstukken II* 2008/09, 25 268, nr. 72.

22 Zie de evaluatie: bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33 147, nrs. 1-2.

23 Deelrapport, *Kamerstukken I* 2012/13, C, C.

24 Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 68.

25 Hervormingsagenda Rijksdienst Vernieuwing van de rijksdienst, bijlage bij kamerstuk 31 490, nr. 119.

26 Rapportage van ABD TOPConsult, mei 2013, Parlementair Onderzoek Privatisering / Verzelfstandiging Overheidsdiensten, *Kamerstukken I* 2013/14, C, M.

mogelijk omgevormd worden tot publiekrechtelijke zbo's. Het rapport benoemt 'private deeltijd-zbo's': vooral private organisaties (veelal commerciële bedrijven) die uitsluitend voor de uitoefening van een bepaalde taak openbaar gezag hebben gekregen (zoals APK-keuringgarages, gerechtelijke deskundigen, notarissen) en suggereert daarvoor een aparte doorlichting.²⁷ Taak en privaatrechtelijke status kunnen volgens het rapport vooralsnog gehandhaafd blijven.²⁸

2.2 Overheid en markt

Intussen begon het probleem van optreden van de overheid op de markt meer aandacht te krijgen. Private ondernemingen klaagden in toenemende mate over oneerlijke concurrentie door organisaties die vanuit een publieke taakverrichting activiteiten op de markt gingen ontplooiën. Bij uitstek privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganen werden op de korrel genomen, omdat deze – uit de aard van hun rechtsvorm en positie – eerder in concurrentie met private aanbieders traden en daarmee concurrentieverstorend konden optreden. In 1998 treedt de nieuwe Mededingingswet in werking. Een van de motieven om het mededingingsbeleid en de handhaving daarvan verder te intensiveren is dat geprivatiseerde organisaties onder het algemene mededingingstoezicht vallen en privatisering alleen baten oplevert als er scherpe bewaking van de mededinging plaatsvindt.²⁹

Op grond van de 'Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst' (1998) mag de rijksoverheid slechts in zeer beperkte mate marktactiviteiten verrichten.³⁰ Het op deze aanwijzingen gebaseerde wetsvoorstel Markt en overheid haalt het echter niet.³¹ Wel volgt in 2012 een wijziging van de Mededingingswet (artikel 25j e.v. Mededingingswet).³² Een bestuursorgaan mag een overheidsbedrijf niet bevoordelen, en overheidsbedrijven moeten bij optreden op de markt de kosten integraal doorrekenen. De Autoriteit Consument en Markt kan de overtreder een last onder dwangsom

27 Onderzoek naar de herpositionering van zbo's, p. 16-17.

28 Onderzoek naar de herpositionering van zbo's, p. 26.

29 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 4.

30 *Stcrt.* 1998, nr. 95.

31 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 050, nrs. 1-3.

32 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354 nr. 3, Wijzigingswet Mededingingswet (invoering regels ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of hiermee zijn verbonden). De wet is in 2012 in werking getreden. Voor lopende activiteiten is een overgangstermijn van twee jaar voorzien, zodat de gedragsregels in de eerste twee jaar na inwerkingtreding alleen gelden voor nieuwe economische activiteiten. Het is de bedoeling dat deze nieuwe bepalingen op 1 juli 2017 vervallen (Artikel IV van de wet aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, *Stb.* 2011, 162).

opleggen. De oorspronkelijk nog voorziene boetebepaling is niet in werking getreden, omdat deze bij nader inzien ‘overbodig’ werd geacht.³³

Er zijn bijzondere regels ontwikkeld voor sectoren waar een geprivatiseerde organisatie een sterke marktpositie heeft, zoals de post en telefoonmarkt. Specifieke wetgeving moet voorkomen dat zij haar sterke positie op de markt misbruikt.³⁴ Voor zover een geprivatiseerde organisatie andere activiteiten dan haar publieke taak gaat verrichten, komen de gewone mededingingsrechtelijke regels in beeld. Deze activiteiten mogen niet marktverstrend werken of (anderszins) leiden tot oneerlijke concurrentie. Dergelijk handelen kan worden getoetst door de Autoriteit Consument en Markt.³⁵

2.3 Gebruik privaatrechtelijke bevoegdheden: vennootschappen en stichtingen

De overheid kan als aandeelhouder of als betrokkene bij een stichting gebruik maken van de bevoegdheden die het privaatrechtelijke organisatierecht haar biedt. Bij de aanvang van de privatiseringsgolf was het beleid om de aandelen zo snel als verantwoord mogelijk was te verkopen.³⁶ Het aandeelhouderschap werd zakelijk ingevuld: gericht op rendement. Publieke belangen dienden bij voorkeur geborgd door wet- en regelgeving. In 2006 volgt een korte periode een kentering. Bepleit wordt om aandeelhouderschap te benutten als borgingsmechanisme voor niet-contracteerbare publieke belangen.^{37 38} De nota ‘Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013’³⁹ stapt hier weer van af: er moet meer aandacht zijn voor de financiële belangen die de Staat als aandeelhouder heeft. Vanaf 2014 wordt voor iedere deelneming afzonderlijk een normrendement vastgesteld.⁴⁰ De eventuele verkoop van aandelen moet worden beoordeeld aan de hand van twee vragen: of de marktordening zich leent voor behoud van een staatsdeelneming of juist voor privatisering, en of met de deelneming grote, nationale, strategische belangen gemoeid zijn (bijvoorbeeld voor de economie of maatschappelijk vitale infrastructuur).⁴¹

Bij stichtingen kan de sturing niet worden uitgeoefend via aandeelhouderschap. Een stichting heeft niet een duidelijke ‘eigenaar’, zoals aandeelhouders dat bij de vennoot-

33 Zie Artikel IX van de Wet van 29 april 2010 tot aanpassing van EZ-instellingswetten aan de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, *Stb.* 2010, 208 (p. 15) en de toelichting bij het wetsvoorstel Aanpassing wetsvoorstel aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 151, nr. 3, p. 19. Gezien de discussie over de strafbaarheid van de overheid had hier best een woordje meer aan mogen worden gewijd (Pikmeer I, HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429 en Pikmeer II, HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342). Bij de Eerste Kamer ligt nu ter behandeling voor een initiatiefwetsvoorstel over het opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers (*Kamerstukken I* 2012/13, 30 538, A).

34 Zie de Telecommunicatiewet, de Postwet 2009 en de wet Marktordening gezondheidszorg.

35 Zie ook de lijst van vragen en antwoorden in het dossier Deelnemingenbeleid Rijksoverheid, *Kamerstukken II* 2013/14, 28 165, nr. 170, p. 42-43 en p. 49.

36 Beleid inzake staatsdeelnemingen, *Kamerstukken II* 1996/97, 25 178, nrs. 1-2.

37 *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46.

38 De Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten legt ook nadruk op de mogelijkheden van het aandelenbezit. *Kamerstukken I* 2012/13, C, B, p. 88 en 102.

39 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 28 165 nr. 165.

40 Nota, p. 50, *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148, p. 38-40.

41 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 28 165 nr. 165, p. 27.

schap zijn. In 2006 stuurde de minister van Financiën een kader voor het oprichten van stichtingen naar de Tweede Kamer.⁴² De bevoegdheden jegens een stichting die (mede) door de overheid zijn opgericht, zouden in de eerste plaats via subsidiëring moeten lopen (titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht). Aanvullende bevoegdheden kunnen volgens het kader in de statuten worden opgenomen. Welke bevoegdheden geregeld moeten worden, is maatwerk. De bevoegdheid om mee te besluiten over besteding van batig saldo bij liquidatie is daarbij van bijzonder belang, omdat het batig saldo vaak is opgebouwd met financiering van de stichting uit publieke middelen.

Op grond van artikel 34 van de Comptabiliteitswet (CW) bestaat een bijzondere procedure voor de (mede) oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen. Was eerst een machtigingswet vereist, sinds 2002 moet het voornemen tot oprichting slechts worden voorgehangen bij de Staten-Generaal. In de regel wordt na voorhang stilzwijgend ingestemd.⁴³ Er wordt niet gekozen voor aanpassing van de algemene regels die op grond van boek 2 BW gelden voor vennootschappen of stichtingen.

3 Ontwikkelingen bij een paar organisaties

In mijn proefschrift beschreef ik vijf vennootschappen en vijf stichtingen nader: het Facilitair bedrijf van de NOS (NOB), de dienst van Waarborg (Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v.), de Staatsdrukkerij/Uitgeverij (Sdu n.v.), de PTT (KPN n.v.), het IJkwezen (het Nederlands Meetinstituut n.v.), de musea (verschillende stichtingen), het Rijksopleidingsinstituut (Stichting ROI), de dienst Landbouwvoorlichting (Stichting Landbouwvoorlichting), het toezicht op het effectenverkeer (de Stichting toezicht effectenverkeer) en de Verzekeringskamer (Stichting Verzekeringskamer). In het bestek van dit artikel behandel ik niet uitputtend hoe het al deze organisaties is vergaan. Wel zet ik van de eerste drie vennootschappen en de eerste drie stichtingen de grootste veranderingen op een rij.

3.1 NOB

Het Nederlands Omroepbedrijf (het facilitair bedrijf van de Nederlandse Omroep Stichting) werd op 1 januari 1988 geprivatiseerd in de vorm van een structuurvennootschap. De aandelen van de vennootschap worden beheerd door een beheerstichting. Het bestuur van deze stichting bestaat uit commissarissen van de vennootschap. De stichting mag de aandelen niet verkopen (artikel 85 en 86 van de toenmalige Mediawet). De bedoeling was dat het NOB zich na de verzelfstandiging zou ontwikkelen tot een bedrijfseconomisch gezonde onderneming. Direct na de verzelfstandiging waren de omroepverenigingen verplicht om 75% van hun faciliteiten bij het NOB in te kopen. In 1991 wordt deze inkoopverplichting opgeheven.⁴⁴ In 1995 mag het NOB zijn statutaire doelstelling verruimen en wordt zij ontheven van een aantal bij de privatisering nog publiek geachte taken, bijvoorbeeld activiteiten met betrekking tot de koren en orkesten en het onderhoud aan gebouwen van instellingen die zendtijd hebben verkregen voor

42 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 25 268, nr. 42.

43 Zie de memorie van toelichting bij de zesde wijziging van de Comptabiliteitswet, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 837, nr. 3, p. 11.

44 Koninklijk besluit van 8 november 1990, houdende verandering van het Mediabesluit inzake bestedingsverplichting en compensatieregeling, *Stb.* 1990, 570.

landelijke omroep.⁴⁵ Het NOB begint kleinere bedrijven in de markt aan te kopen en heeft er in 1997 meer dan tien. De regering roemt de degelijke concurrentiepositie van het NOB,⁴⁶ maar concurrenten klagen over de sterke positie van het NOB in de markt, en stellen dat het NOB diensten onder de kostprijs levert en hen uit de markt drukt.⁴⁷ De regering wil de aandelen gaan afstoten, ook omdat met de verkoop een opbrengst 155 miljoen gulden wordt verwacht.⁴⁸ Om de aandelen bij de beheerstichting weg te krijgen, wordt als tussenstap voor uiteindelijke volledige privatisering in 1999 NOB Holding n.v. opgericht, waarvan de Staat 100% van de aandelen heeft.⁴⁹ In 2001 wordt het bedrijf, dat intussen nauwelijks het hoofd boven water kan houden, opgesplitst in drie delen: Dutch view, Ciris en NOB Cross Media Facilities. NOB Cross Media Facilities werd in 2006 als laatste verkocht, waarmee de privatisering werd afgerond. In 2009 heeft vereffening plaatsgevonden en is NOB Holding opgeheven. De uitkering aan de Staat als enig aandeelhouder is in totaal op 70,34 miljoen euro uitgekomen.⁵⁰

3.2 De Waarborg

De vroegere dienst van Waarborg is in 1988 geprivatiseerd in de vorm van de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v.. Deze vennootschap was niet door de overheid opgericht, maar door de Federatie Goud en Zilver en de Stichting Ontwikkeling Waarborg. Zij voert een wettelijke keuringstaak uit en houdt toezicht op de naleving van de Waarborgwet (artikel 7, eerste lid, van de Waarborgwet 1986).

In 1999 treedt Nederland – tegen de zin van de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. – toe tot het Verdrag inzake onderzoek en stempeling van edelmetalen werken (Conventie van Wenen).⁵¹ Met toetreding was gewacht tot de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. ‘op dreef was’.⁵² Er geldt dan geen wettelijk verplichte keuring meer voor geïmporteerde voorwerpen die al zijn gekeurd in bij het verdrag aangesloten landen en Nederlandse keurmerken worden in de aangesloten landen erkend. Een andere Europese ontwikkeling zorgt ervoor dat de toezichthoudende taken bij de vennootschap verdwijnen. Tegen de achtergrond van een Europese richtlijn inzake edelmetalen werken, waar een scheiding tussen keurende en toezichthoudende taken uit voortvloeit⁵³, wordt in 2002 de toezichthoudende taak van de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. overgebracht naar Verispect b.v., een dochter van het geprivatiseerde IJkwezen.⁵⁴

45 Wet van 21 december 1994, *Stb.* 945.

46 Zie de memorie van toelichting bij de Wijziging van bepalingen van de Mediawet in verband met de privatisering van het Nederlands Omroepproductie Bedrijf n.v., *Kamerstukken II* 1996/97, 25 312, nr. 3, p. 2.

47 <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2694/Tech-Media/archief/article/detail/500849/1997/04/12/Het-NOB-en-de-macht.dhtml>

48 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 312, nr. 5, p. 3.

49 *Kamerstukken* 1998/99, 26 522, nr. 1/239. Dit leidde tot discussie over de besteding van de opbrengst van de beheerstichting die de aandelen in de NV hield. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 312.

50 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 VIII, nr. 62, p. 7.

51 *Stb.* 1993, 326.

52 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 530, nr. 3.

53 Memorie van toelichting op het wetsvoorstel Wijziging van de Waarborgwet 1986 met betrekking tot de uitoefening van toezicht op de naleving, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 258, nr. 3, p. 1.

54 *Stb.* 2001, 514.

Ook in 2002 komt een concurrent op de markt. Edelmetaal Waarborg Nederland b.v. (EWN) verkrijgt – naast de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. – een aanwijzing als waarborginstelling op grond van artikel 7 van de Waarborgwet. EWN probeert in 2007 voor elkaar te krijgen dat de aanwijzing van Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. wordt ingetrokken, omdat deze zich niet zou houden aan de Conventie van Wenen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven gaat daar niet in mee.⁵⁵ De vennootschap blijft functioneren als aangewezen instelling op grond van artikel 7 van de Waarborgwet, zonder overheidsaandeelhouderschap en met een binnenlandse concurrent en buitenlandse concurrenten. Recentelijk is het voorstel gedaan om private keuringsinstellingen, waaronder de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v., apart te gaan doorlichten.⁵⁶

3.3 De Staatsdrukkerij/Uitgeverij

De Staatsdrukkerij/Uitgeverij is in 1988 van een staatsbedrijf omgezet in een structuurvennootschap: Sdu n.v.. Deze holding heeft twee werkmaatschappijen: Sdu Uitgevers b.v. en Sdu Identification b.v. De Kamer is drie keer geïnformeerd over een voornemen de aandelen in Sdu te vervreemden. Eerst in 1991 en 2000, maar vanwege onzekerheid over de continuïteit van de onderneming werden deze pogingen gestaakt.⁵⁷ In 2006 lukt het wel. Toen zijn de aandelen voor een bedrag van 330 miljoen euro met behulp van een gecontroleerde veiling verkocht aan een consortium bestaande uit ABN Amro en Allianz.⁵⁸ Bij de privatisering (de overdracht van de aandelen Sdu) is een bedrag van 4,5 miljoen euro ter beschikking gesteld ten behoeve van een eenmalige uitkering aan de medewerkers van de Sdu.⁵⁹ Achtergrond daarvan is een eerder afgesproken werknemersparticipatie in het aandelenkapitaal van de vennootschap.⁶⁰ Na de verkoop is het bedrijf opgesplitst, en zijn delen weer verder verkocht.

3.4 De musea (verschillende stichtingen)

Vóór de privatisering werd het beheer over de rijkscollecties verricht door 21 diensten. Met de Wet verzelfstandiging rijksmuseumale diensten in 1993 werden zeventien stichtingen opgericht die dit beheer overnamen.⁶¹ Het eigendom van de collecties bleef bij de Staat. Bij de privatisering werden geen bijzondere bevoegdheden ten aanzien van de stichtingen voorbehouden. De collecties worden beheerd en getoond op basis van beheersovereenkomsten met de Staat.⁶² Wel werd in 2006 het toezicht op het beheer van museumale voorwerpen versterkt.⁶³ De Erfgoedinspectie ziet toe goed op collectiebeheer en

55 ECLI:NL:CBB:2008:BC4052.

56 Onderzoek naar de herpositionering van zbo's, p. 18 (zie noot 26).

57 *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 044, nr. 1.

58 *Kamerstukken II* 2006/07, 27 044, nr. 4.

59 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 044, nr. 3, p. 2.

60 Werknemers was toen de mogelijkheid geboden opties op in totaal 7,5% van het aandelenkapitaal (157.500 aandelen) te verwerven tegen een optiekoers van f31,85 per aandeel, waarbij per optie de optienemer een (symbolisch) bedrag verschuldigd was van f0,50 (*Kamerstukken II* 1990/91, 21 976, nr. 2).

61 *Stb.* 1993, 398.

62 <http://erfgoedinspectie.nl/uploads/documents/beheersovereenkomst.pdf>.

63 Voor de privatisering waren de rijkscollecties uitgezonderd van toezicht van de toen geldende regeling van de zorg voor objecten van culturele waarde van het Rijk, *Stcrt.* 1985, 34.

kwaliteitsaspecten als veiligheid en klimatologisch verantwoorde omstandigheden.⁶⁴ Dit op basis van de bepalingen in de Comptabiliteitswet die het beheer van materiële zaken van de (rijks)overheid regelen (artikelen 21, 25, 27 en 38 van de Comptabiliteitswet).

In de beheersovereenkomsten is geen betaling voor de werkzaamheden geregeld.⁶⁵ De musea worden daarvoor gesubsidieerd. Vanaf 1997 lopen zij mee in het vierjarig subsidiesysteem van de Cultuurnota. Opeenvolgende kabinetten bezuinigen echter fors op cultuur. Hoewel wordt aangegeven dat de musea zo veel mogelijk ontzien zullen worden, ontkomen ook zij niet aan bezuinigingen.⁶⁶ Het voornemen is de subsidie aan de rijksmusea afhankelijker te maken van de resultaten die zij boeken.⁶⁷ Om de musea meer financiële zekerheid te bieden voor hun behoud- en beheertaken, die als structurele publieke taken van de musea worden gezien, wordt overwogen een Erfgoedwet in te stellen.⁶⁸ In plaats van privaatrechtelijke regeling in beheerscontracten zou dan een publiekrechtelijk wettelijk stelsel worden geïntroduceerd. Aangezien de beheersovereenkomsten in 2012 per 2017 zijn opgezegd, mag met deze wet nu dan wel enige haast worden gemaakt. De zeventien stichtingen bestaan in 2013 nog allemaal.⁶⁹

3.5 Het Rijksopleidingsinstituut

Het Rijksopleidingsinstituut is in 1993 verzelfstandigd in de Stichting ROI.⁷⁰ De eerste vijf jaar heeft de stichting nog een exploitatiegarantie. Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot verzelfstandiging in de vorm van een stichting is aan de orde geweest of een ‘andere rechtsvorm’ wellicht geschikter was om de financiële belangen van de Staat veilig te stellen.⁷¹ Dit ook met het oog op de openningsbalans, waarbij de Stichting aanspraak kan maken op 1,2 miljoen gulden en met het oog op het moment dat de Stichting kostendekkend werkt, en zij mogelijk omgezet zou kunnen worden in een naamloze vennootschap met 100 procent aandeleneigendom van de Staat. Uiteindelijk is geen vennootschap opgericht maar is een en ander vastgelegd in een convenant tussen de Stichting ROI i.o. en de Staat. Het ROI moet haar overheidsopdrachten na de privatisering in de markt verkrijgen, en concurreren met andere opleidingsinstituten. De concurrentie is stevig.⁷²

Na de verzelfstandiging is weinig politieke aandacht voor de organisatie van de Stichting ROI. In 1997 komt alleen nog even aan de orde dat op de exploitatiegarantie geen beroep is gedaan.⁷³ Een beetje zuur voor het ROI is dat na haar verzelfstandiging vanuit de rijksoverheid wel een Academie voor wetgeving (2001, opleidingsinstituut voor

64 Regeling materieelbeheer museale voorwerpen, *Stcrt.* 2006, 238.

65 Zie ook de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 23 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7399.

66 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 VIII, nr. 129.

67 Museumbrief, ‘Samen werken, samen sterker’, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 32 820, nr. 77.

68 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 820, nr. 95, p. 6.

69 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 605 VIII, nr. 1, p. 133.

70 *Stb.* 1992, 716.

71 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 638, nr. 5, p. 1.

72 Uitkomsten van aanbestedingstrajecten worden in kort geding bij de rechter bevochten: zie bijvoorbeeld de uitspraken van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 14 februari 2007 (ECLI:NL:RBSGR:2007:BA0220) en van 2 september 2011 (ECLI:NL:RBSGR:2011:BR6960).

73 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 025, nr. 9, p. 68.

wetgevingsjuristen) en een Academie voor overheidsjuristen (2009, opleidingsinstituut voor overheidsjuristen) worden opgericht.

Vijftien jaar na de verzelfstandiging komt het ROI zelf organisatorisch in beweging. In 2009 is de ROI b.v. opgericht.⁷⁴ Enig aandeelhouder van deze vennootschap is PubliQ b.v.. Blijkens de website van het ROI is het ROI in 2012 samen gaan werken met HEC (informatisering en ICT, oorspronkelijk ook als opleidingsinstituut opgericht door BZK) en Zenc (een onderzoeks- en adviesbureau), onder de naam PBLQ. De organisaties hebben één gemeenschappelijke directie en een personele unie wat betreft de besturen van de Stichting HEC en de Stichting ROI, aldus de site van het ROI. De laatste jaarrekening van de Stichting ROI die is gedeponneerd bij het Handelsregister, is die van 2008. Uit een overzicht dat in 2011 naar de Kamer is gestuurd, blijkt dat het financieel belang bij de stichting ROI gesteld is op nul.⁷⁵ Voor zover ik heb kunnen zien, is de Kamer verder niet geïnformeerd over de Stichting ROI. Het handelsregister-nummer dat op de site van de ROI wordt genoemd, is het nummer van ROI b.v.. In de algemene voorwaarden wordt, naast ROI b.v., nog wel de Stichting ROI genoemd. Die bestaat dus nog wel.

3.6 De dienst Landbouwvoorlichting

In 1993 is de dienst Landbouwvoorlichting verzelfstandigd in de vorm van de – door de Staat mede opgerichte – Stichting Landbouwvoorlichting. Het was daarbij de bedoeling dat in de loop van tien jaar de kosten van de landbouwvoorlichting voor 50% door het bedrijfsleven zou worden gedragen. Overheidssubsidie moet voor de rest van de middelen zorgen.⁷⁶ In 1998 is de Stichting DLV omgevormd tot een vennootschap (DLV).⁷⁷ De structurele financiële bijdrage (programmafinanciering) aan de stichting werd tot nul teruggebracht.⁷⁸ Na 1998 verzwakte de financiële positie van DLV: door krimp op de markt en omdat de structurele overheidsbijdrage wegviel. Nadat het aandeelhouder-schap in 2003 naar het ministerie van Financiën ging, is DLV geherstructureerd. Verlieslatende onderdelen werden geliquideerd of verkocht. In 2003 stelde managers van enkele werkmaatschappijen van DLV een management buy out voor. In eerste instantie wilden de kopers betalen uit toekomstige winsten. Dit werd niet geaccepteerd.⁷⁹ DLV wordt uiteindelijk in 2005 voor 2,5 miljoen euro aan het management verkocht. Een bedrag van 1,3 miljoen euro wordt betaald in contanten en de Staat verkrijgt eigendom van een bedrijfspand ter waarde van 1,3 miljoen euro. Na de management buy out is DLV gesplitst in vier ondernemingen: DLV Belgium, DLV Dier, DLV Groen en Ruimte en DLV Plant.

4 Wat valt op?

Uit de korte omschrijving van hoe het de verzelfstandigde organisaties is vergaan, vallen twee dingen op. Ten eerste een zekere tweeslachtigheid: enerzijds gelden algemene

74 Daarvoor was in 2001 de Stichting ROI voorheen Rijks Opleidingsinstituut opgericht, welke stichting in 2009 is beëindigd. Informatie uit het handelsregister.

75 Financieel belang bij stichtingen, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 6.

76 *Kamerstukken II* 1989/90, nr. 3, p. 8

77 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 059, nrs. 345 en 1.

78 *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 29, p. 2.

79 *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 29, p. 4.

kaders waarin gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen wordt ontmoedigd, anderzijds wordt in concrete gevallen feitelijk wel de keuze gemaakt voor deze organisatievorm. Ten tweede valt op dat aan de organisatie moeilijk verenigbare eisen worden gesteld: aan de ene kant moeten ze inkomsten verwerven op de markt, aan de andere kant mogen zij mededingingsrechtelijk gezien geen misbruik maken van hun marktpositie.

Privatisering werd geïntroduceerd als mogelijkheid om te bezuinigen: de tucht van de markt moet ertoe leiden dat efficiënter wordt gewerkt. Daarbij genereren commerciële neventaken eigen inkomsten, zo is de gedachte. Dit laatste blijkt te stuiten op mededingingsrechtelijke problemen. Er volgen 'Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst', die aan dergelijk marktoptreden beperkingen opleggen, maar het in dezelfde lijn liggende wetsvoorstel Markt en overheid haalt het niet. De focus wordt verschoven naar algemene handhaving van de mededingingsregels. Wel krijgt een grote geprivatiseerde organisatie als KPN te maken met specifieke wetgeving die moet voorkomen dat zij haar sterke positie op de markt misbruikt.

Door de ad hoc benadering bij verzelfstandiging en privatisering ontstaat een wildgroei aan verzelfstandigde organisaties. De theorie is rechtlijnig, maar de praktijk weerbarstig. Na een lange aanloop treedt in 2007 de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen in werking. De departementen doen er echter lang over 'hun' zbo's langs dit kader te leggen. Er zijn talloze evaluaties, maar met de resultaten gebeurt niet veel. De Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verselfstandiging concludeert somber dat de bestuurlijke complexiteit is toegenomen in plaats van afgenomen. De zelfstandigheid van de organisaties leidt ertoe dat zbo's trachten buiten rijksbrede bezuinigingstaakstellingen te blijven. De eigen taakbehartiging staat centraal, niet het rijksbrede perspectief. Mijns inziens illustreert dit dat verzelfstandiging kan leiden tot onwenselijke afscheiding van deelbelangen.

Nu is wederom de benadering dat publiekrechtelijke taken niet meer via privaatrechtelijke arrangementen moeten worden uitgevoerd. Aandeelhouderschap is gericht op rendement. De echte overheidstaken moeten terug naar de publiekrechtelijke organisatie of de publieke aspecten van de taakverrichting moeten wettelijk of via subsidie worden gewaarborgd. Bijvoorbeeld: voor de behoud- beheertaken van de musea wordt een wettelijke regeling (de 'Erfgoedwet') voorgesteld. Private deeltijd-zbo's moeten worden doorgelicht. Als deze benadering echt wordt doorgezet, zal dit weer een nieuwe ronde van organisatieveranderingen brengen.

De financiële positie na de verzelfstandiging is vaak fragiel. Het kabinet merkt in een vroeg stadium op dat bij het op de markt brengen van taken die voorheen door de rijksoverheid werden verricht, vraagtekens kunnen worden gezet bij onmiddellijke marktwerking (concessieverlening of 'bruidsschat' contractering staan daaraan in de weg).⁸⁰ In de praktijk worden verzelfstandigde organisaties wel beschermd: bijvoorbeeld het wachten met toetreding tot Conventie van Wenen totdat de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. 'op dreef was' en het bieden van een exploitatiegarantie (ROI, die daar geen gebruik van heeft gemaakt, en DLV). Bij markttoetreding door een verzelfstandigde overheidsorganisatie verzetten concurrerende marktpartijen zich heftig tegen gedwon-

80 Zie het kabinetsstandpunt 'Herstel van het primaat van de politiek bij de aansturing van zelfstandige bestuursorganen', over het rapport van de Algemene Rekenkamer 'Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid' van 3 mei 1995, *Kamerstukken II* 1994/95, 24 130, nr. 5, p. 4.

gen winkelnering (tussen de overheid en de verzelfstandigde organisatie afgesproken en soms ook in de wet neergelegde aankoopverplichtingen). Het NOB wordt bijvoorbeeld verweten dat het daardoor concurrenten uit de markt drukt. Een voorbeeld van een organisatie die het zonder gedwongen winkelnering⁸¹ niet heeft gered is Kliq, voortgekomen uit de Arbeidsvoorziening. Ondanks een extra kapitaalinjectie in 2003 van (in eerste instantie) 45 miljoen euro bleek de onderneming niet levensvatbaar. Voor de staatsaandelen verkocht konden worden ging het failliet.⁸² De controle op naleving van de mededingingswetgeving wordt steeds indringender. Niet alleen in de vorm van controle op verboden staatssteun bij de privatisering zelf, ook het tegengaan van gunstiger verkoop- of gunningsvoorwaarden vanuit de overheid in de richting van de geprivatiseerde organisaties, en markttoezicht op de geprivatiseerde organisaties. Concurrenten blijven een bevoorrechte positie van verzelfstandigde organisaties aanvallen. De Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. wordt op de nek gezeten door een andere, inmiddels ook op grond van de Waarborgwet aangewezen, waarborginstelling. Deze probeert bij de rechter af te dwingen dat de aanwijzing van de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. wordt ingetrokken. Dit lukt niet.

Het is voor de verzelfstandigde organisatie moeilijk het hoofd boven water te houden in een concurrerende markt. 'Bedrijfsvreemde' activiteiten belemmeren groei of maken dat de organisatie niet kostendekkend kan werken. Om de marktpositie te verbeteren worden minder rendabele of bedrijfsvreemde activiteiten afgestoten. Het NOB wordt bijvoorbeeld ontheven van zijn taken op het gebied van beheer van gebouwen en met betrekking tot koren en orkesten.

Logischerwijze is verdere privatisering (verkoop van de organisatie) vooral afhankelijk van de marktpositie en verdere levensvatbaarheid van de onderneming. Een zwakke marktpositie staat verkoop in de weg. Bij de Sdu kunnen de aandelen pas na drie pogingen worden verkocht, de eerste twee keer was de continuïteit van de onderneming te onzeker. Ook DLV werd eerst fors gereorganiseerd voordat het tot een management buy out kwam. De uiteindelijke verkoop van de vennootschappen kan de Staat behoorlijke bedragen opleveren: verkoop van Sdu heeft de staatskas 330 miljoen euro opgeleverd, die van het NOB 70,34 miljoen euro en de Stichting Landbouwvoorlichting 2,5 miljoen euro.

Bijzonder is de verdere privatisering van organisaties die in de vorm van een stichting zijn verzelfstandigd. Bij de Stichting Landbouwvoorlichting en de Stichting ROI ontwikkelt de taak zich steeds commerciëler en concurrerder. De Stichting Landbouwvoorlichting wordt geprivatiseerd door eerst een overheidsvennootschap op te richten. Deze wordt via een management buy out verkocht, waarover de kamer keurig wordt geïnformeerd.⁸³ Bij de stichting ROI verloopt dit proces een stuk schimmiger. In 2009 wordt, naast de Stichting ROI, de ROI b.v. opgericht door een andere vennootschap (PubliQ b.v.). In 2011 wordt de Kamer geïnformeerd dat het financieel belang bij de stichting ROI gesteld is op nul. Een dergelijke gang van zaken doet waken voor de gang van zaken bij privatisering van andere overheidsstichtingen.

81 Bij amendement uit het wetsvoorstel verwijderd: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 665, nr. 14.

82 *Kamerstukken I* 2012/13, C, C, p. 299.

83 Het ADC (Archeologisch Diensten Centrum) is een vergelijkbare weg gegaan. In 2003 is de stichting omgezet in een NV, waarna deze NV in 2006 is verkocht via een management buy out.

‘Verkopen’ van een stichting is niet eenvoudig. In de statuten zal geregeld zijn wat moet gebeuren met het vermogen van een stichting wanneer deze wordt geliquideerd. In de regel zal de Staat dan als begunstigde zijn aangemerkt.⁸⁴ Overdracht van de vermogensbestanddelen aan een andere organisatie vergt bijzondere rechtshandelingen. Daarbij speelt mogelijke overdrachtsbelasting ook een rol. Het verder privatiseren van een stichting gebeurt naar mijn mening het meest transparant door als tussenfase een vennootschap op te richten waarvan de overheid de aandelen bezit. Het vermogen van de stichting kan dan overgebracht naar de vennootschap. Het geïnvesteerde kapitaal wordt dan zichtbaar gemaakt en er is een duidelijke eigenaar. Bovendien waarborgt dit, via de toepassing van de procedure van artikel 34 van de Comptabiliteitswet, ook de controlerende rol van het parlement.

In dit verband is interessant dat op dit moment grote stichtingen op de nominatie staan om verder te worden geprivatiseerd. Dit zijn de Stichting Holland Casino en de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij.⁸⁵ Beide stichtingen komen al jaren voor op het overzicht staatsdeelnemen, omdat zij als zodanig ‘worden behandeld’. Het financieel belang bij de Staatsloterij wordt in 2011 bepaald op 840 miljoen euro, als opbrengsten vanuit de exploitatie van activiteiten.⁸⁶ Het eigen vermogen van Sens is 73 miljoen euro en van Holland Casino 65 miljoen euro.⁸⁷ Destijds was om politieke redenen – de wens gokken tegen te gaan – voor de vorm van een stichting en niet voor een vennootschap gekozen.⁸⁸ Als de stichtingen inderdaad verkocht gaan worden, ligt een tussenstap via een overheidsvennootschap mijns inziens in de rede.

5 Slot

Aan het slot van deze bijdrage resten mij nog enige algemene opmerkingen. Wat opvalt, is dat nu veel meer politieke aandacht is voor de uitvoering van publieke taken en het publieke belang dat daarmee is gemoeid dan twintig jaar geleden. Het denken over publieke taken is aangescherpt. Dit leidt ertoe dat in private vormen verzelfstandigde organisaties, eerder worden afgestoten, namelijk wanneer de taak ‘op de markt’ (dus in concurrentie) kan worden uitgevoerd, zo nodig onder gerichte regulering. De politieke aandacht betekent ook dat er veel meer informatie beschikbaar is over het reilen en zei-

84 Opvallend is dat in het overzicht ‘Aantal ontbonden stichtingen sinds 2008 + bestemming van hun resterende vermogen’ niet wordt aangegeven welke stichtingen het betreft (Bijlage 3 bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 6).

85 *Kamerstukken II* 2013/14, 28 165, nr. 170, p. 32-33.

86 Financieel belang bij stichtingen, Bijlage 4 bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 6. De Stichting Holland Casino komt op de lijst niet voor. In 2010 maakte de stichting bijna 10 miljoen euro verlies.

87 Zie het jaarverslag beheer staatsdeelnemingen 2012 (bijlage bij kamerstuk *Kamerstukken II* 2013/14, 28 165, nr. 169), p. 66.

88 Het geheugen van de kamer is soms kort. Recent vroeg de Tweede Kamer waarom bij de Staatsloterij en de Casinokansspelen eigenlijk is gekozen voor een stichting als vorm van deelneming en niet voor een NV. De minister antwoordt dat dit ligt aan het winstoogmerk dat bij een vennootschap per definitie aan de orde is, en het de wens was om casinospelen en prijzenloterijen enkel aan te bieden om te voorzien in de kennelijke speelbehoefte en niet met een winstoogmerk (*Kamerstukken II* 2013/14, 28 165, nr. 170, p. 12). Dit heeft alles te maken met de verschillende politieke inzichten als het om gokken gaat (zie ook de motie van het lid Slob om niet over te gaan tot privatisering van Holland Casino, Deelnemingen-beleid Rijksoverheid Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2010/11, 28 165, nr. 120).

len van de verzelfstandigde organisaties. Het parlement krijgt jaarlijks overzichten van zelfstandige bestuursorganen en staatsdeelnemingen. Van overheidsstichtingen zijn de overzichten meer incidenteel, maar ze zijn er wel. Al die verantwoording leidt er echter niet toe dat de organisaties op een zelfde of vergelijkbare leest worden geschoeid. De evaluaties worden nauwelijks benut. Ad hoc blijken altijd redenen te bedenken waarom de uitvoering van een bepaalde publiekrechtelijke taak aan een privaatrechtelijke organisatie opgedragen moet worden, hoe zeer de onderscheiden beleidskaders ook voorop stellen dat publiekrechtelijke taken bij de publiekrechtelijke overheid moeten worden belegd. Cruciale vraag blijft dan nog steeds hoe de opgedragen taak zich verdraagt met een normering waarin een eigen belang van de uitvoeringsorganisatie een rol speelt. Want wat zou het antwoord op deze vraag zijn: mag de Waarborg Platina, Goud en Zilver n.v. weigeren voorwerpen te keuren die haar door haar concurrent Edelmetaal Waarborg Nederland b.v. ter keuring worden aangeboden?

20 Rekommunalisierung im Lichte der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie

Anika Logemann-Prunk

1 Einführung

Mehrere Jahrzehnte prägten Privatisierungs- und Deregulierungsbestrebungen die Kommunalpolitik Deutschlands. Vielen erschien die Privatisierung kommunaler wirtschaftlicher Tätigkeit als der beste Weg zur Entlastung angespannter kommunaler Haushalte und als Garantie einer effizienten Aufgabenerfüllung. Seit einigen Jahren hat in den Gemeinden jedoch ein Umdenken eingesetzt. Als Gegenbewegung zur einstigen Privatisierungswelle bestimmt das Schlagwort 'Rekommunalisierung' heute sowohl öffentliches Wirtschaftsrecht als auch Kommunalrecht.

Schwerpunktmäßig ist der 'Trend zur Rekommunalisierung'¹ im Bereich der sog. 'Daseinsvorsorge' zu beobachten², das heißt insbesondere auf den Gebieten der infrastrukturellen Grundversorgung, wie der Wärme- und Wasserversorgung, der Energieversorgung, der Abwasser- und Abfallentsorgung oder auch im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen und der Verkehrsbetriebe.³ Der vorliegende Beitrag wird sich auf den Bereich der Energieversorgung konzentrieren, wo Rekommunalisierung derzeit eine besonders große Rolle spielt. Der Grund hierfür ist, dass eine Vielzahl von Konzessionsverträgen zwischen Gemeinden und Energieversorgungsunternehmen bis 2015/2016 auslaufen⁴ und die Kommunen somit vor der grundlegenden Entscheidung stehen, ob die Energienetze zukünftig privat oder kommunal betrieben werden sollen.

Das örtliche Wegenetz, das Voraussetzung der Energieversorgung ist, steht regelmäßig im Eigentum beziehungsweise in der Wegehoheit der einzelnen Kommunen. Diese uneingeschränkte Monopolstellung eröffnet den Gemeinden die Möglichkeit, über die Vergabe des Wegenutzungsrechts Einfluss auf die örtliche Energieversorgung zu nehmen.⁵ Durch die Konzessionsvergabe liegt es in ihrer Hand zu entscheiden, ob die Netze zukünftig durch private Energieversorgungsunternehmen betrieben werden sollen – sei es durch Verlängerung des bestehenden Vertrages, sei es durch Konzessionsvergabe an ein neues Energieversorgungsunternehmen – oder ob sie die Leistung in eigener Regie

1 S. z.B. Theobald, DÖV 2009, 356; Schweizer/Wolkenhauer, DÖV 2013, 745; Bauer, DÖV 2012, 329 ff., der sogar von einem 'Megatrend' spricht.

2 Budäus/Hilgers, DÖV 2013, 701 (702 f.).

3 S. hierzu auch Leisner-Egensperger, NVwZ 2013, 1110 (1112); Bauer, DÖV 2012, 329 (334); Burgi, Nds.VBl. 2012, 225 (226).

4 Verband kommunaler Unternehmen - VKU (Hrsg.), Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, 2012, S.7, verfügbar unter www.vku.de (Stand: Dezember 2013).

5 Hellermann, Zulässige Kriterien im Rahmen der gemeindlichen Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 1; Höch, RdE 2013, 60 f.

übernehmen wollen – mittels Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen oder durch Gründung eigener Stadtwerke.⁶

Diese für sich genommen schon nicht einfache Grundsatzentscheidung wird durch verschiedenste politische und wirtschaftliche Faktoren beeinflusst und erschwert. So treffen die Konzessionsvergabeverfahren aktuell erstmals auf ein Umfeld liberalisierter und regulierter Strom- und Gasmärkte. Seit dem Ausstieg aus der Kernenergie 2011 und der dadurch angestoßenen Energiewende sind zudem umfängliche Zielvorgaben für die Energiewirtschaft in den Fokus von Politik und Öffentlichkeit gerückt, wobei es jedoch häufig noch unklar ist, wie (und ob) sich alle Zielsetzungen umsetzen lassen. Diese und andere offene Fragestellungen haben grundsätzliche Diskussionen, wie die Energieversorgung im Gemeindegebiet zukünftig organisiert werden soll und welche energie- und kommunalpolitischen Vorstellungen dabei umgesetzt werden sollen, zur Folge. Voneinander abweichende energiepolitische Ansichten der am Entscheidungsprozess beteiligten Politiker, Interessengegensätze der sich bewerbenden Netzbetreiber und vom Gesetzgeber nicht geschlossene Regelungslücken in den maßgeblichen Vorschriften erschweren die Verfahren zusätzlich und rufen in der Rechtsanwendungspraxis eine Vielzahl von Problemen hervor, die nicht selten langjährige Rechtsstreitigkeiten nach sich ziehen.⁷

Häufig rücken (kommunal-)politische Erwägungen, wie zum Beispiel der Plan eigene Stadtwerke zu gründen, in den Vordergrund des Netzvergabeverfahrens und behindern eine wettbewerbskonforme Konzessionsvergabe über den reinen Netzbetrieb.⁸ Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die betroffenen Gemeinden im Konzessionsvergabeverfahren regelmäßig eine Doppelrolle einnehmen: als Konzessionsgeberin auf der einen Seite und von der Entscheidung unmittelbar Betroffene auf der anderen Seite. Die hiermit einhergehende Gefahr von nicht-aufgaben- und nicht-situationsgerechten Entscheidungen, die schwerpunktbezogen auf den eigenen Vorteil der Gemeinde konzentriert sind, trägt ein erhebliches Konfliktpotential in sich.⁹

Im Folgenden sollen zunächst einmal der Begriff 'Rekommunalisierung' im Allgemeinen und die möglichen Gründe der Gemeinden für eine diesbezügliche Grundsatzentscheidung dargelegt werden, um im Anschluss auf das speziellere Thema Rekommunalisierung und Konzessionsvergabe im Bereich der Energieversorgung überzugehen. Den Schwerpunkt dieses Abschnitts stellt das zunehmend und sehr konträr diskutierten Thema, welche Auswahlkriterien die Kommune ihrer Entscheidung zur Neuvergabe der Konzessionen zugrundelegen und wie sie diese gewichten darf, dar. Dieser Frage soll mit besonderem Augenmerk auf die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden nachgegangen werden.

6 Laut VKU fanden von 2007 bis Mitte 2012 über 60 Neugründungen von Stadtwerken und mehr als 170 Konzessionsübernahmen durch kommunale Unternehmen statt. VKU, a.a.O. (Fn.4), S. 7.

7 Schau, Nds.VBl. 2013, 89.

8 Vgl. Schau, Nds.VBl. 2013, 89 (90).

9 Zu dieser Problematik ausführlich Schweizer/Wolkenhauer, DÖV 2013, 745 ff.; s. auch Burgi, Nds.VBl. 2012, 225 (226 f.); Schau, Nds.VBl. 2013, 89 (90).

2 Begriffsbestimmung und Gründe für Rekommunalisierungsbestrebungen

Der Begriff 'Rekommunalisierung' kann zweierlei Bedeutung haben: zum einen bezeichnet er die Rückverlagerung von kommunalen Zuständigkeiten, die zuvor von staatlichen Behörden wahrgenommen wurden, auf die Gemeinde, zum anderen eine Veränderung oder Verschiebung der Aufgabenverteilung von Privaten zu den Kommunen.¹⁰ Dieser Beitrag beschäftigt sich ausschließlich mit der zuletzt genannten Alternative. Unter 'Rekommunalisierung' versteht man in diesem Sinne die vollständige oder teilweise Rückverlagerung ehemals vollständig oder teilweise privatisierter Aufgaben in das unmittelbare Gestaltungsregime kommunaler Gebietskörperschaften. Im Ergebnis übernimmt die Kommune zuvor privatisierte Tätigkeiten fortan selbst oder ein von ihr ganz oder überwiegend beherrschtes Unternehmen nimmt sich der Aufgabe an.¹¹

Begründet wird die Entscheidung der Gemeinden, Aufgaben zu rekommunalisieren, häufig damit, dass die zuvor als optimale Lösung angesehene Privatisierung bei weitem nicht alle Erwartungen erfüllt habe, die man sich davon versprochen hatte. Man habe nunmehr erkannt, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig besser, effizienter und kostengünstiger arbeite als die öffentliche Hand.¹² Ein wichtiger Faktor für die neue Gesinnung der Gemeinden dürften in diesem Zusammenhang die weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrisen sein, die auf dem Versagen privatwirtschaftlicher Mechanismen beruhend das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Märkte erschüttert haben.¹³

Darüber hinaus scheint in den Kommunen ein neues Selbstbewusstsein erwacht zu sein, dass auch der kommunalen Selbstverwaltungsidee wieder Aufschwung verliehen hat. Viele Gemeinden erhoffen sich durch die Rekommunalisierung eine Verbesserung ihrer kommunalen Gestaltungsmöglichkeiten, die Rückgewinnung kommunaler Steuerungsoptionen und verbesserte Einflussmöglichkeiten auf die Aufgabenerledigung einschließlich der dazugehörigen Kontrolle.¹⁴

Auffällig ist, dass der 'Rekommunalisierungstrend' auch in der Bevölkerung überwiegend mit positiven Motiven und Effekten verbunden und als eine 'für Bürger und Gesellschaft neue positive Bewegung charakterisiert' wird.¹⁵ Daseinsvorsorge durch die öffentliche Hand genießt in der Bevölkerung großes Vertrauen, da sie als zuverlässig, sicher, nachhaltig und gemeinwohlverträglich beurteilt wird.¹⁶ Der Bürger assoziiert hiermit Maximen wie 'Gemeinwohlorientierung statt Profitmaximierung', Bestrebungen zum Erhalt von Arbeitsplätzen, Förderung des Klimaschutzes und Wahrung von Umwelt- und Sozialstandards sowie Kostensenkung für sich selbst.¹⁷

10 Burgi, Nds.VBl. 2012, 225.

11 Zur Begriffsbestimmung s. ausführlich Guckelberger, VerwArch 2013, 161 (162 f.); Budäus/Hilgers, DÖV 2013, 701 (702 f.).

12 Guckelberger, VerwArch 2013, 161 (164); Bauer, DÖV 2012, 329, (335).

13 Bauer, DÖV 2012, 329, (334 f.).

14 Guckelberger, VerwArch 2013, 161 (165); Bauer, DÖV 2012, 329, (335); s. auch Budäus/Hilgers, DÖV 2013, 701 (702), die die Erschließung von Einnahmequellen zur Querfinanzierung defizitärer Bereiche der kommunalen Aufgabenerfüllung als weiteres Motiv nennen.

15 Budäus/Hilgers, DÖV 2013, 701 (704; s. auch 702).

16 Guckelberger, VerwArch 2013, 161 (165).

17 Vgl. bei Bauer, DÖV 2012, 329, (335); Budäus/Hilgers, DÖV 2013, 701 (702).

3 Gesetzliche Grundlage der Konzessionsvergabe im Energiewirtschaftsrecht

Die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen war bis Ende des 20. Jahrhunderts nicht im Energiewirtschaftsrecht geregelt. Selbst das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG), das 1935 in Kraft trat, enthielt zunächst keine Normierung der Thematik.¹⁸ Erst durch die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts im Jahre 1998 wurden diesbezügliche Bestimmungen in das EnWG aufgenommen. § 13 Abs. 2 - 4 EnWG regelte fortan den Abschluss von Verträgen, die die gesamte Versorgungstätigkeit umfassten, also die Energieerzeugung beziehungsweise -gewinnung, die Energieverteilung und den Energieabsatz an den Endverbraucher, den Energievertrieb. Die Energierechtsreform 2005 brachte einen grundlegenden Funktionswandel des bislang gekannten Konzessionsvertrages mit sich, indem sie eine Entflechtung der Leitungsnetze von den übrigen versorgungswirtschaftlichen Aufgaben, wie Energieerzeugung und Energiehandel forderte. Zulässiger Gegenstand von Konzessionsverträgen ist seitdem nur noch die Wegenutzung, das heißt die Einräumung von Leitungsverlegungsrechten in beziehungsweise über öffentlichen Verkehrswegen zum Zwecke der Errichtung und des Betriebs von Verteilernetzen.¹⁹

Die Vergabe von Konzessionsverträgen für den Betrieb von Strom- und Gasnetzen ist seit 2005 in § 46 EnWG geregelt. Demgemäß haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege Energieversorgungsunternehmen zum Zwecke der Verlegung und des Betriebs von Leitungen gegen ein Entgelt diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen (Abs. 1). Konzessionsverträge dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden und müssen nach Ablauf dieser Zeit verlängert oder ein neuer Konzessionsnehmer gesucht werden. Im Falle eines Konzessionswechsels hat der bisherige Konzessionsnehmer dem Neukonzessionär die für die Versorgung des Gemeindegebiets notwendigen Netzanlagen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen (Abs. 2).

Obschon § 46 EnWG sowohl die Eckpunkte des Auswahlverfahrens, die die Gemeinde bei der Suche eines neuen Konzessionsnehmers zu beachten hat, als auch die Rechte und Pflichten von Alt- und Neukonzessionär bei der Abwicklung des Netzübergangs festlegt, wirft diese Vorschrift in der Praxis doch erhebliche Probleme auf, da das Auswahlverfahren nur sehr unvollständig normiert ist und die Vorschrift überdies unbestimmte Rechtsbegriffe mit großem Konfliktpotential enthält.²⁰ Umstritten sind insbesondere die Ausschreibungsbedingungen und die Grenzen der zulässigen Auswahlkriterien. Zwar hat das 2011 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften eine Konkretisierung der inhaltlichen Anforderungen gebracht, indem in § 46 Abs. 3 EnWG ein neuer Satz 5 eingefügt wurde, der vorschreibt, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist. Doch auch diese auf den ersten Blick eindeutig zu verstehende Vorschrift bietet einen weiten Interpretationsspielraum, der unterschiedlichste Auslegungen zur Folge hat.

18 Zur Ausgangslage und Entwicklung des Konzessionsvertrages im energiewirtschaftlichen Gesetzesrecht ausführlich: Hellermann, a.a.O. (Fn. 5), S. 2 ff..

19 S. hierzu auch Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbestreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 15; ders., DVBl. 2012, 1530.

20 So auch Schau Nds.VBl. 2013, 89.

4 Materiellrechtliche Auswahlkriterien und das Recht der Gemeinden auf kommunale Selbstverwaltung

Einigkeit besteht zumindest darüber, dass die Kommunen im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens verpflichtet sind, die allgemeinen Vergabeprinzipien wie das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot zu beachten. Ebenso ist es unbestritten, dass ein angemessener Grad an Öffentlichkeit gewährleistet sein muss, der eine Überprüfung des Auswahlverfahrens auf ihre unparteiische Durchführung ermöglicht. Auch Rechtsschutzmöglichkeiten im nationalen Recht müssen gesichert sein.²¹

Umstritten und bislang höchstrichterlich nicht entschieden, ist dagegen die Frage, welche Auswahlkriterien die Gemeinde ihrer Konzessionsvergabeentscheidung zugrunde legen darf. Das EnWG selbst trifft zu den inhaltlichen Anforderungen in § 46 Abs. 3 Satz 5 lediglich die Aussage, dass die Gemeinde den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist, das heißt der Gewährleistung einer 'möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht' (Abs. 1). Hinzu kommen die im zweiten Absatz festgelegten Ziele der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Energieversorgung sowie der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs der Versorgungsnetze.

Während diese Ziele für sich genommen nicht angezweifelt werden, stellt sich die grundlegende Frage, welches Gewicht ihnen im Konzessionsvergabeverfahren beizumessen ist. Neben wettbewerblichen und ökonomischen Aspekten kommt in diesem Zusammenhang auch dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) eine entscheidende Rolle zu. Ob die Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung die Ziele des § 1 EnWG vorrangig oder sogar ausschließlich zu berücksichtigen hat und in welchem Verhältnis diese Kriterien im Rahmen der Auswahlentscheidung zu kommunalen Belangen stehen dürfen, ob gegebenenfalls sogar an kommunaleigenen fiskalischen Interessen orientierte Kriterien zulässig sind, ist in Literatur und Rechtsprechung im äußersten Maße umstritten.

Die Tragweite dieser Problematik soll im Folgenden zunächst einmal anhand zweier Gerichtsurteile aufgezeigt werden. Die bestehende Kontroverse wird hier insofern besonders gut verdeutlicht, als dass die Gerichte über ein und denselben Sachverhalt zu entscheiden hatten.

4.1 Unterschiedliche Auslegung in der Rechtsprechung

Mit der Problematik der zulässigen Auswahlkriterien im Konzessionsvergabeverfahren und der in diesem Zusammenhang dem Art. 28 Abs. 2 GG zukommenden Bedeutung hatten sich das Verwaltungsgericht Oldenburg²² und der 10. Senat des niedersächsischen Obergerverwaltungsgericht²³ vor Kurzem zu beschäftigen. Den Entscheidungen lag

21 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom 15.12.2010, Rn. 15; Höch, RdE 2013, 60; s. auch Schau, NdsVBl. 2013, 89 (93); Burgi, Nds.VBl. 2012, 225, 227.

22 VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12 (zu einem Antrag) sowie übereinstimmende Beschlüsse vom 18.7.2012 (zu vierzehn weiteren Anträgen).

23 OVG Lüneburg, (zwei im wesentlichen übereinstimmende) Beschlüsse vom 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12 und 10 ME 88/12.

ein verwaltungsgerichtliches Eilverfahren über Ratsbeschlüsse von fünfzehn niedersächsischen Kommunen zu Konzessionsvergaben nach dem EnWG zugrunde.

Die Räte der betroffenen Kommunen hatten nach Durchführung eines Auswahlverfahrens beschlossen, die Ende des Jahres 2012 auslaufenden Strom- und Gaskonzessionen an eine von ihnen und weiteren Städten und Gemeinden im Kreisgebiet gegründete kommunale Netzgesellschaft neu zu vergeben. Das Konzept dieser kommunalen Netzgesellschaft sah vor, einen zum Zeitpunkt des Auswahlverfahrens noch nicht feststehenden strategischen Partner sowie gegebenenfalls einen zusätzlichen technischen Betreiber einzubinden. Das Auswahlverfahren der beteiligten Kommunen basierte auf vorab festgelegten Auswahlkriterien, auf deren Grundlage die Konzessionsvertragsangebote bewertet wurden. Diese betrafen: 1. die Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung, 2. eine angemessene Beteiligung der Gemeinden an den im örtlichen Netzbetrieb erzielten Deckungsbeiträgen, 3. die Gewährleistung einer hohen Versorgungssicherheit und eines effizienten Netzbetriebes, 4. die Förderung des Einsatzes erneuerbarer Energien, 5. eine Stärkung der Bürgernähe und -akzeptanz. Anzumerken ist, dass die Kriterien 1 und 2 im Auswahlverfahren zusammen mit 55% bewertet wurden. Der als Kommunalaufsichtsbehörde zuständige Landkreis hatte die Ratsbeschlüsse zum Neuabschluss des Konzessionsvertrages beanstandet. Er sah sowohl kommunalrechtliche-, als auch energie- und kartellrechtliche Bestimmungen als verletzt an.

Das Verwaltungsgericht Oldenburg teilte diese Auffassung nicht. Im Zentrum des Verfahrens stand die Frage, ob eigene kommunalpolitische Gestaltungen in ein wettbewerbliches Interessenbekundungs- und Auswahlverfahren einfließen dürfen, und ob die herangezogenen Auswahlkriterien einen Netzbezug aufweisen müssen. Das Verwaltungsgericht Oldenburg vertrat hierzu die Ansicht, dass sich aus der in Art. 28 Abs. 2 GG verbürgten Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nicht nur die Befugnis der Gemeinden, sondern vielmehr sogar die Aufgabe und Verpflichtung ergebe, mittels einer grundlegenden Systementscheidung festzulegen, ob sie die zur örtlichen Daseinsvorsorge gehörende Aufgabe des sicheren und effizienten Betriebes der öffentlichen Energienetze durch private Dritte oder in eigener Regie erfüllen wollen. Die vom Landkreis herangezogenen einfachgesetzlichen Vorschriften des Energie- und Kartellrechts seien insofern vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der Selbstverwaltungsgarantie auszulegen.²⁴

Auch das Recht zur Festlegung von Auswahlkriterien im Konzessionsvergabeverfahren sei Ausdruck dieser verfassungsrechtlich garantierten Befugnis der Gemeinden.²⁵ Das Verwaltungsgericht hebt in diesem Zusammenhang ausdrücklich hervor, dass die Gemeinden bei der Festlegung ihrer Entscheidungskriterien neben den Zielen des § 1 EnWG weitere, aus dem Gemeinwohl und der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie abgeleitete Kriterien berücksichtigen dürfen. Hierzu zähle beispielsweise die Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung, die Sicherstellung der Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur, die Bereitschaft zum Auf- und Ausbau dezentraler Entscheidungsstrukturen und letztlich auch eigene fiskalische Interessen der Gemeinden.²⁶

24 VG Oldenburg, a.a.O. (Fn. 22), Rz. 98ff.

25 VG Oldenburg, a.a.O. (Fn. 22), Rz. 119.

26 VG Oldenburg, a.a.O. (Fn. 22), Rz. 104.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts hat der Gesetzgeber sich in § 46 Abs. 3 EnWG auf die Festsetzung von Bekanntmachungsvorschriften beschränkt, um auf diesem Wege die Transparenz des Verfahrens sicherzustellen. Auf inhaltliche Vorgaben für die gemeindliche Verfahrensgestaltung oder die Auswahlentscheidung habe er bewusst verzichtet. Selbst der später eingefügte Satz 5 verfolge nicht das Ziel, eine inhaltliche Festlegung der Auswahlkriterien im Sinne einer ausschließlichen Zulässigkeit streng netzbezogener Auswahlkriterien zu treffen.²⁷

Entscheide sich eine Gemeinde für die Aufgabenerfüllung in eigener Regie, komme ihr bei der Festlegung der Auswahlkriterien und der Bewertung der Angebote der Konzessionsbewerber ein weiter Gestaltungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu, der kommunalaufsichtsrechtlich und gerichtlich nur eingeschränkt überprüft werden könne.²⁸

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat dieser Auffassung nicht zugestimmt. Auf Beschwerde des Landkreises hat der 10. Senat des Oberverwaltungsgerichts die Beschlüsse geändert und entschieden, dass die Art und Weise der beabsichtigten Konzessionsneuvergabe zum Betrieb der Energienetze rechtswidrig gewesen und deshalb zu Recht vom Landkreis kommunalaufsichtsrechtlich beanstandet worden sei. Zur Begründung führt er unter anderem an, dass die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG nur im Rahmen der Gesetze gelte. Nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG gehöre hierzu auch die Verpflichtung, bei der Auswahlentscheidung über die Neuvergabe einer Konzession die Ziele des § 1 EnWG zu berücksichtigen, also eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Energieversorgung zu gewährleisten.²⁹

Das Oberverwaltungsgericht stellt ausdrücklich fest, dass es sich bei § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG um eine verbindliche rechtliche Vorgabe handle und nicht um einen bloß unverbindlichen Programmsatz. Aus der vorgeschriebenen 'Verpflichtung' ergebe sich, dass die Ziele des § 1 EnWG zu mindestens 50% in die Auswahlbewertung einer Kommune im Konzessionsvergabeverfahren einfließen müssten. Ob eine Gemeinde ausschließlich diese energiewirtschaftlichen Ziele oder daneben auch kommunale Ziele einschließlich der Gewinnerzielung verfolgen dürfe, hat das Gericht dagegen offen gelassen. Es merkte aber zumindest an, dass ungeschriebenen kommunalspezifischen Interessen kein höheres Gewicht als den geschriebenen, netzspezifischen Auswahlgründen zukommen dürfe, sie der Auswahlentscheidung also in jedem Fall nicht vorrangig zugrundegelegt werden dürften. Dies würde nicht nur der Gesetzessystematik widersprechen, sondern auch den primären Sinn und Zweck, eine sichere und kostengünstige Versorgung der Verbraucher zu gewährleisten, verfehlen.³⁰

4.2 Bedeutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

Ebenso wie in der Rechtsprechung bestehen auch in der Literatur zahlreiche unterschiedliche Ansichten zu vorstehend beschriebener Problematik. Da ihre umfassende Darstellung den Rahmen dieses Beitrags überschreiten würde, soll im Folgenden vornehmlich die hier vertretene Auffassung dargestellt werden.

27 VG Oldenburg, a.a.O. (Fn. 22), Rz. 92 f.

28 VG Oldenburg, a.a.O. (Fn. 22), Rz. 103.

29 OVG Lüneburg, 10 ME 88/12, a.a.O. (Fn. 23), Rz. 44.

30 OVG Lüneburg, 10 ME 88/12, a.a.O. (Fn. 23), Rz. 44.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass es sich bei der Wegerechtsvergabe zwar nicht nach allgemein vertretener Ansicht³¹, wohl aber nach herrschender Meinung³² um eine von Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft handelt.³³ Auch nach der hier vertretenen Ansicht fällt die Konzessionsvergabe bereits aufgrund ihres wegerechtlichen und energiewirtschaftlichen Bezugs in den Bereich der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung und unterliegt damit der Eigenverantwortung und selbständigen Aufgabenwahrnehmung der Kommunen.

Gleichzeitig ist allerdings zu betonen, dass der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie kein so großes Gewicht zugesprochen werden kann, dass ihr eine Legitimation oder gar zwingende Privilegierung der kommunal wirtschaftlichen Betätigung gegenüber der Privatwirtschaft entnommen werden kann.³⁴ Art. 28 Abs. 2 GG gibt weder einen 'Rekommunalisierungsimpuls' noch bestimmt er, dass Gemeinden sich einer energiewirtschaftlichen Betätigung zu enthalten haben. Sofern ein öffentlicher Zweck gegeben ist, sind Kommunen als den Privaten gleichgestellte Akteure berechtigt, um die Netzkonzession zu konkurrieren. Art 28 Abs. 2 GG ist diesbezüglich ebenso adressatenneutral wie das EnWG.³⁵

Dass Art. 28 Abs. 2 GG den Kommunen keine uneingeschränkten Befugnisse vermittelt, wird bereits am Wortlaut deutlich, demzufolge die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nur 'im Rahmen der Gesetze' gewährleistet ist. Diesem Gesetzesvorbehalt entsprechend sind gesetzliche Eingriffe gestattet, solange sie nicht den Kernbereich der Selbstverwaltung oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzen.³⁶ Der gemeindlichen Entscheidungsfreiheit können durch allgemeine Gesetze, wie beispielsweise durch die einschlägigen energiewirtschafts- und kartellrechtlichen Normen, auf zulässige Weise Grenzen gesetzt werden. Das einfache Recht dient als materiellrechtlicher Maßstab der kommunalen Entscheidung, um die Gemeinde vor sich selbst, die Interessen der Verbraucher und private Wettbewerber zu schützen.³⁷

4.3 Auslegung des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG

In diesem Sinne stellt auch die in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG normierte Verpflichtung der Kommunen auf die am Gemeinwohl orientierten Ziele des § 1 EnWG mangels Eingriff in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie keinen Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG dar, sondern vielmehr eine im Rahmen des Gesetzesvorbehalts zu berücksichtigende einfachgesetzliche Vorschrift, die das Recht der Gemeinden auf kommunale Selbstbestimmung bei der Auswahl eines Konzessionärs verfassungsgemäß

31 A.A. z.B. Höch, RdE 2013, 60 (63).

32 BVerfG, Beschl. v. 16.05.1989 – 1 BvR 705/88; Schau, NdsVbl. 2013, 89, (96 mwN.); Büdenbender, DVBl. 2012, 1530 (1538); Brüning, VerwArch 2009, 453 (455); Leisner-Egensperger, NVwZ 2013, 1110 (1115).

33 Ausführlich dazu, ob energiewirtschaftliche Betätigung Angelegenheit der 'örtlichen Gemeinschaft' i.S.d. Art 28 Abs. 2 GG ist: Tempelin, VerwArch 2009, 529 (536 ff.); Löwer, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 226 ff.; Arnold, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, S. 166 ff.

34 Guckelberger, VerwArch 2013, 161 (169); Burgi, Nds.Vbl. 2012, 225 (227).

35 Fischer/Wolf/Embacher, RdE 2012, 274 (277).

36 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, 12. Aufl., 2012, Art. 28 Rz. 22 f. mwN.

37 Schau, NdsVbl. 2013, 89 (96); s. auch Höch, RdE 2013, 60 (63); Brüning, VerwArch 2009, 453 (456).

einzuschränken vermag und von den Kommunen hinzunehmen ist.³⁸

Will man die Rechtsfolgen aufzeigen, die sich hieraus ergeben, hilft zunächst einmal ein Blick auf den Wortlaut des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG. Dem hier verwendeten Begriff 'verpflichtet' kann entnommen werden, dass Gemeinden die Ziele des § 1 EnWG im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung zwingend zu beachten haben.³⁹ Dies geht auch aus der Gesetzesbegründung zur EnWG-Novelle 2011 hervor, die zum neu eingefügten § 46 Abs. 5 Satz 3 EnWG ausführt: 'Mit dem neuen Absatz 3 Satz 5 wird klargestellt, dass die Gemeinde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vergabe der Konzession an die Ziele des § 1 gebunden ist, eine preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung im Sinne des Verbrauchers sicherzustellen.'⁴⁰ Daraus lässt sich zwar noch nicht ableiten, ob neben diesen Zielen weitere Ziele verfolgt werden dürfen und, wenn ja, mit welcher Gewichtung § 1 EnWG zu berücksichtigen ist. Es wird aber zumindest ausdrücklich festgestellt, dass die Ziele des § 1 EnWG einzubeziehen sind.⁴¹ Die teilweise vertretene Auffassung, dass die Kommunen im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung keinen materiellrechtlichen Restriktionen unterliegen und über einen nahezu unbeschränkten Entscheidungsspielraum verfügen⁴², lässt sich vor diesem Hintergrund kaum noch vertreten.⁴³

Zu beachten ist überdies, dass § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG auf alle Ziele des § 1 EnWG zusammen verweist. Die Kommunen sind folglich allen dort genannten Zielen verpflichtet und nicht berechtigt, ausschließlich einzelne Aspekte herauszugreifen und andere zu vernachlässigen.⁴⁴

Des Weiteren kann sowohl dem Wortlaut des § 46 EnWG und der Gesetzessystematik als auch der Gesetzesbegründung – die mit den Worten 'Die sachgerechten Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde müssen sich aufgrund der Vorgabe der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken'⁴⁵ fortfährt – entnommen werden, dass die Ziele des § 1 EnWG im Konzessionsvergabeverfahren netzbezogen auszulegen sind.⁴⁶ Es ist den Kommunen nicht gestattet, ihre Monopolstellung bei der Vergabe von Wegerechten auszunutzen, um ihre energiepolitischen Vorstellungen hinsichtlich Energieerzeugung und Energievertrieb durchzusetzen.⁴⁷

4.4 Weitere Auswahlkriterien und ihre Gewichtung

Weitaus größere Divergenzen als bezüglich der Frage, ob die Ziele des § 1 EnWG überhaupt zu berücksichtigen sind, bestehen hinsichtlich der Frage, ob die dort genannten Auswahlkriterien eine für die Entscheidung im Konzessionsverfahren abschließende Aufzählung darstellen beziehungsweise zumindest vorrangig zu berücksichtigen sind oder ob auch weitere Kriterien herangezogen werden dürfen und, wenn ja, mit wel-

38 S. hierzu auch Büdenbender, DVBl. 2012, 1530 (1538); Höch, RdE 2013, 60 (63).

39 Höch, RdE 2013, 60 (61); Schau, NdsVBl. 2013, 89 (96).

40 BT-Drs. 17/6072, S. 88.

41 s. auch Groneberg, RdE 2013, 312 (313); Fischer/Wolf/Embacher, RdE 2012, 274; Guckelberger, VerwArch 2013, 161 (173).

42 So z.B. Theobald, DÖV 2009, 356 (357 f.); Hellermann, a.a.O. (Fn. 5), S.28 ff.

43 Schau, NdsVBl. 2013, 89 (96); s. auch Burgi, Nds.VBl. 2012, 225 (231).

44 Höch, RdE 2013, 60 (66).

45 BT-Drs. 17/6072, S. 88.

46 Schau, NdsVBl. 2013, 89 (97); Büdenbender, DVBl. 2012, 1530 (1532 f.).

47 Höch, RdE 2013, 60 (61).

cher Gewichtung. Der von einem Teil der Literatur vertretenen Auffassung, dass es der Gemeinde nicht gestattet sei, im Rahmen des Auswahlverfahrens andere Ziele als die in § 1 EnWG genannten zu verfolgen⁴⁸, kann nach der hier vertretenen Ansicht nicht gefolgt werden. Zwar sind die Gemeinden gehalten, sich mit den Zielen des § 1 EnWG in ihren Überlegungen und der nachvollziehenden Begründung in angemessener Form auseinanderzusetzen. Eine auf diese Ziele beschränkte Auslegung des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG wird den rechtlichen Positionen zum eigenwirtschaftlichen Interesse der Gemeinden jedoch nicht gerecht.⁴⁹ Weder der Wortlaut der Regelung noch ihr Zweck oder die Gesetzesbegründung lassen erkennen, dass mit dieser Vorschrift der Ausschluss anderer Ziele verfolgt wurde. Die Verpflichtung der Gemeinden auf die Vorgaben des § 1 EnWG stellt vielmehr lediglich sicher, dass diese nicht unbeachtet bleiben. Darüber hinaus steht es der Gemeinde offen, ihrer Entscheidung auch weitere Kriterien zugrunde zu legen, soweit ein Bezug zum Konzessionsgegenstand gegeben ist und Sinn und Zweck des Konzessionsvergabeverfahrens gewahrt sind.⁵⁰

So können zum Beispiel die Formulierungen einzelner Vertragsklauseln, die Auswirkung auf Art und Qualität der Netzbetriebsführung haben, zulässige Differenzierungsmöglichkeiten bieten. Darüber hinaus wird auch die Vereinbarung der in den Grenzen der Konzessionsabgabenverordnung höchstzulässigen Konzessionsabgabe als berechtigtes Auswahlkriterium gewertet.⁵¹ Keine Berücksichtigung dürfen dagegen nach vielfach verteilter Ansicht Fiskalinteressen wie die Absicht der Gewinnmaximierung finden.⁵² Auch die kommunale Einflussnahme auf den Netzbetrieb stellt hiernach kein anzuerkennendes Auswahlkriterium im Konzessionsverfahren dar.⁵³ Dasselbe gilt für soziale Aspekte wie das Ziel Arbeitsplätze zu schaffen oder zu sichern.⁵⁴

Ob die Vorgaben des § 1 EnWG im Abstimmungsverfahren vorrangig, also wie in der dargestellten OVG-Entscheidung mit mindestens 50% oder wie in der Literatur teilweise vertreten⁵⁵ sogar mit mindestens 75% zu gewichten sind, kann hier nicht abschließend geklärt werden. Fest steht jedenfalls, dass sie ihrer Bedeutung für das angestrebte Konzessionsverhältnis entsprechend angemessen zu berücksichtigen sind. Der Gewährleistung eines sicheren und qualitativ guten Netzbetriebs sollte dabei vorrangige Bedeutung beigemessen werden.⁵⁶

Aus dem im Konzessionsvergabeverfahren zu beachtenden Diskriminierungsverbot ergibt sich überdies, dass eine zielgerichtete Gewichtung der festgesetzten Kriterien, die auf einen Bieter zugeschnitten ist, nicht erlaubt ist.⁵⁷ Die Kommune darf ihre marktbe-

48 So z.B. Guckelberger, *VerwArch* 2013, 161 (173) und Burgi, *Nds.VBl.* 2012, 225 (231), nach deren Auffassung es sich um eine abschließende Aufzählung der zulässigen Entscheidungskriterien handelt.

49 So auch Fischer/Wolf/Embacher, *RdE* 2012, 274 (278 f.).

50 So auch Schau, *Nds.VBl.* 2013, 89 (96).

51 Vgl. z.B. Büdenbender, *DVBl.* 2012, 1530 (1537); Höch, *RdE* 2013, 60 (64); s. auch Schau, *Nds.VBl.* 2013, 89, (96 f.).

52 So z.B. Höch, *RdE* 2013, 60 (64); Büdenbender, a.a.O. (Fn. 19), S. 40 und 80; a.A. Hellermann, a.a.O. (Fn. 5), S. 35 f.

53 Höch, *RdE* 2013, 60 (64 f.); a.A. Hellermann, a.a.O. (Fn. 5), S. 34 f.

54 Büdenbender, a.a.O. (Fn. 19), S. 38 f. und 80; ders., *DVBl.* 2012, 1530 (1534); a.A. Theobald, *DÖV* 2009, 356 (358).

55 Höch, *RdE* 2013, 60 (67).

56 So auch Büdenbender, *DVBl.* 2012, 1530 (1538); Höch, *RdE* 2013, 60 (61).

57 Höch, *RdE* 2013, 60 (66).

herrschende Stellung bei der Wegerechtsvergabe nicht dazu missbrauchen, bestehende oder zu gründende Stadtwerke zu bevorzugen und private Nachfrager zu verdrängen. Der Wunsch, die Energieversorgung im Gemeindegebiet zu rekommunalisieren, stellt keine zulässige Rechtfertigung einer einseitigen Bevorzugung kommunaler Unternehmen dar.⁵⁸

Im Übrigen hat die Gemeinde die Ziele des § 1 EnWG sowie alle sonstigen zulässigen Auswahlkriterien nach pflichtgemäßem Ermessen entsprechend ihrer Bedeutung im Rahmen des Auswahlverfahrens zu gewichten.⁵⁹ Sobald sie die von ihr festgelegten Entscheidungskriterien veröffentlicht hat, muss sie sich dem Grunde nach und in der Gewichtung hieran halten. Es stünde im Widerspruch zum Transparenzgebot, wenn es ihr erlaubt wäre, hiervon nachträglich ohne Neueröffnung des Verfahrens abzuweichen.⁶⁰

58 Höch, RdE 2013, 60 (64); s. auch Büdenbender, a.a.O (Fn. 19), S. 64.

59 Fischer/Wolf/Embacher, RdE 2012, 274 (278); Höch, RdE 2013, 60 (66); s. auch Büdenbender, DVBl. 2012, 1530 (1531).

60 Büdenbender, DVBl. 2012, 1530 (1531 f.).

21 Sociale zekerheid: quo vadis?

Gijsbert Vonk

1 Inleiding

Wie aan de sociale zekerheid denkt, denkt aan hervormingen. Niet voor niets duidde Frits Noordam in een van zijn laatste publicaties de sociale zekerheid aan als een ‘uiterst veranderlijk verschijnsel’.¹ Geen rechtsgebied dat zo erg de speelbal is van politieke bemoeizucht; de dromer, de drammer en de opportunist trekken gezamenlijk ten strijde.

Het socialezekerheidsrecht is als een windvaan, nu eens dit en dan weer dat, recht zonder ruggengraat, meende Noordam.² Zou het anders zijn voor belendende percelen zoals het arbeidsrecht of het belastingrecht? Of voor het bouwrecht waar Dick zich graag mee bezig houdt? Ik denk het wel. Zijn Bouwrecht³ hoeft in ieder geval veel minder vaak ge-update te worden dan mijn Hoofdzaken.⁴

Beide boeken staan kruislings ongeopend in het cellofaan in de boekenkasten van onze kamers in het Harmoniegebouw. Dick neemt dat mij niet kwalijk en andersom heb ik het grootste begrip. Toch doe ik in dit essay een poging om Dick alsnog voor de sociale zekerheid te interesseren. Door zijn pensioen is hij er afhankelijk van geworden en wie weet wat hem nog allemaal te wachten staat.

Zal Dick in de toekomstige participatiestaat geheel afhankelijk worden van het dorpje Garnwerd in de Gemeente Winsum, waar het bevoegd gezag hem doorverwijst naar de goede zorgen van zijn kinderen en de buurvrouw? Of heeft de toekomstige verzorgingsstaat voor hem iets beters in petto?

2 Decentraliseringsblues

Een van de meest gemakkelijke verschijnselen van de hervormingsdynamiek in de sociale zekerheid is het fenomeen van de *hype*, de plotselinge opkomst van een breed gedragen geloof in een bepaalde benadering of wijze van uitvoering. Een nieuwe gedachte mondt uit in een blauwdruk voor een alternatieve verzorgingsstaat. Datgene wat al eeuwenlang bestaat, wordt opnieuw gelabeld en krijgt massaal waardering als nieuwste benadering *pur sang*.

Een kenmerk van de hype is dat deze weer even snel verdwijnt als hij is opgekomen, het heeft iets orgastisch. Wat het zo aandoenlijk maakt, is dat op weg naar het hoogtepunt schijnbaar niemand in de gaten heeft dat we te maken hebben met een hype.

1 F.M. Noordam, ‘Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel’ (delen I en II), *SMA* 2005, 272-283 en 335-345.

2 P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De Waarde(n) van het sociaal recht: over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2001, p. 48.

3 M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, Den Haag: IBR 2013 met medewerking van onder meer D.A. Lubach.

4 G.J. Vonk, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Zo bestond er in de jaren 80 van de vorige eeuw onder velen een oprecht geloof in de komst van een basisinkomen. Daar kon je in sommige kringen beter geen grappen over maken. Weinigen bevroeden in de tweede helft van de jaren 90 van de vorige eeuw dat de privatiseringsgolf slechts zou uitmonden in een enkel voorbeeld van overgereguleerde marktwerking. En wee het gebeente van de persoon die rond de eeuwwisseling een relativerende opmerking durfde te maken over de le-vens-loop-benadering in de sociale zekerheid. Nu zijn deze ideeën alweer bijgezet op de *boulevard of broken dreams*. Daar liggen ze klaar om op een ander tijdstip weer tot leven gekust te worden.

En nu hebben we de decentralisaties. De lokale verzorgingsstaat. De participatiestad. Nooit meer zal de sociale zekerheid dezelfde zijn.

Een idee heeft pas de potentie een hype te worden als het gelijktijdig tegenstrijdige visies kan mobiliseren. Om hierin te kunnen slagen moet er niet alleen verbeeldingskracht van uitgaan, maar ook moet het voldoende onbestemd zijn. De participatiesamenleving uit de eerste troonrede van Willem Alexander in 2013 is er een prachtig voorbeeld van. Het oude (de verzorgingsstaat) is afgestorven en daarvoor in de plaats komt iets beters (de participatiesamenleving). Maandenlang werd er op radio en televisie over gepraat. Buitenlandse waarnemers rapporteerden erover. Niemand weet wat het is. Iedereen kan er zijn verwachtingen op projecteren.

Welke windmolens de participatiesamenleving ook moet bestrijden, zij heeft een goede knecht gevonden in de vorm van het decentralisatiestreven in de sociale zekerheid. Want decentralisatie is een middel om de verzorgingsstaat terug te geven aan de samenleving; de gemeente staat immers dicht bij de burger en kan beter maatwerk leveren. Althans, zo wordt ons steevast voorgehouden in beleidsstukken.

Hypes komen met een eigen taal. Dat geldt ook voor het decentralisatiestreven. Hier is de jargonexplosie zo extreem dat het ministerie van VWS heeft gedacht er goed aan te doen een verklarend woordenfilmpje te maken. Het is te vinden op <http://www.invoeringwmo.nl/bibliotheek/gemeenschappelijke-taal-het-sociale-domein>. De *decentralisatiespeak* wordt in hoog tempo op de kijker afgevuurd: begrippen als 'maatwerk', 'integraliteit', 'ontschotting', 'eigen kracht' worden afgewisseld door gezegden als 'de vraag achter de vraag' en 'gewoon is weer gewoon'. Met een fris muzikje op de achtergrond. Ruimte voor de professionele ruimte en de professionalisering van de professional. Je moet er maar opkomen. En alles met een stalen gezicht, zonder een greintje ondeugendheid. Het is bittere ernst, die decentralisatie.

Ik wil niemand zijn recht op een hype ontzeggen, maar een enkele relativerende opmerking kan geen kwaad. Tijd voor de decentralisatieblues.

In de eerste plaats moet worden bedacht dat Nederland een gedecentraliseerde eenheidsstaat is. De sociale zekerheid kan zich daaraan niet zomaar onttrekken. Uiteindelijk heeft Den Haag de gemeenten aan het touw. De sociale taak van de gemeenten komt ook niet voort uit autonomie, ze wordt uitgevoerd in medebewind. Voorstanders van de decentralisaties zoals Jorritsma en Wallage, pleiten voor meer fiscale gemeentelijke autonomie zodat er daadwerkelijk op lokaal niveau vrije bestedingsruimte ontstaat. Maar of dit vergezicht dichterbij komt, is zeer de vraag. Als het puntje bij het paaltje komt, staan de gemeenten te dringen om hun aandeel in de nationale pot op te eisen. Over claimgedrag gesproken. En andersom schrikt geen Haagse politicus ervoor terug om nationale doelstellingen voor te schrijven als dit beter uitkomt. Het jongste wetsvoorstel tot aanpassing van de Bijstandswet dat eind 2013 is ingediend, is een parel van centraal dirigisme en heeft met het ideaal van de participatiestad niets te maken. Het rijk zegt

decentralisatie, maar doet centralisatie; als het niet door de voordeur is van wettelijke regels, dan in ieder geval door de achterdeur van het interbestuurlijk toezicht en de financieringsstructuur.

In de tweede plaats moet rekening worden gehouden met de positie van de sociale partners. Is de gemeente er voor de burger, dan zijn de sociale partners er voor de werkende mens. In het burgerschapsideaal van de participatiesamenleving neemt werk een belangrijke plaats in. 'Werk boven inkomen' luidde de slogan enkele jaren geleden. Ik wil niet uit de pas lopen, maar zelf heb ik dat altijd een wat rare volgorde gevonden.

De sociale partners staan inmiddels te trappelen om hun aandeel in de uitvoering van de verzorgingsstaat weer op te pakken. Het sociaal akkoord van 2013 voorziet in de oprichting van 35 werkbedrijven om de re-integratie van werkzoekenden ter hand te nemen. Daarbij worden werkgevers en werknemers weer in het zadel geholpen. Het is namelijk de bedoeling dat het lokale bedrijfsleven in het bestuur van de werkbedrijven gaat zitten en deze bedrijven helpt te financieren. Ook al moeten de gemeenten in de werkbedrijven een leidende rol spelen (volgens de tekst van het sociaal akkoord van 2013 worden ze *leading*), feitelijk zullen ze moeten opboksen tegen het oer-Nederlandse gezegde: wie betaalt bepaalt. Werkgevers- en werknemersmacht is ook decentralisatie, maar eerder een van het functionele type waarmee in Nederland al veel ervaring is opgedaan.

In de derde plaats is er de burger die in het decentralisatiepleidooi zijn eigen kracht terug moet vinden. Eerst kijken of je je problemen in eigen kring kan oplossen en dan pas de hand ophouden bij de overheid, is het devies. Het roept associaties op met de ideologie van de subsidiariteit en de 'volstrekte onvermijdelijkheid' van de oude armenwetten. Steun is alleen aan de orde als de hulpbehoevende, zijn familie en zijn maatschappelijke verbanden geen boter bij de vis kunnen doen en als de hulpbehoevende aan zijn kwalen en ontberingen dreigt te bezwijken. Eerst kijken of je je eigen broek kunt ophouden, desnoods met hulp van anderen: daar moet natuurlijk goed controle op worden uitgeoefend. Het heeft de Armenwet bepaald geen goede reputatie opgeleverd. Het zal spoedig het opgepoetste blazoen van de participatiesamenleving gaan bevleken. Het alternatief ligt dan voor de hand: een stelsel met solide basisaanspraken voor iedereen, met weinig toeters en bellen en minimale bemoeienis met de uitkeringsgerechtigde. Dat vraagt weer om een heel andere uitvoeringsfilosofie.

3 Sociale zekerheid: quo vadis?

Het kenmerk van het basisinkomen zoals dat in de jaren 80 van de vorige eeuw werd bepleit, is dat het alle burgers een gelijke aanspraak geeft op een minimumuitkering en op overheidsvoorzieningen in natura (kinderopvang, verpleegkundige zorg, etc.) ongeacht professionele status (werknemer, zelfstandige, gepensioneerde, etc.) of inkomen (rijk of arm). Zelf heb ik altijd de stille overtuiging dat als de sociale zekerheid (en in haar kielzog de emancipatie van de mens) vrijelijk mag evolueren, het stelsel ten lange leste tendeert naar een basisinkomen. Niet in een topzware verzorgingsstaat noch in een decentraal bijstandsstelsel, maar in een solide, gelijke sociale basis ligt ons voorland. Wat burgers vervolgens willen doen om hun aanvullende aanspraken te regelen, moeten ze zelf weten.

Het paradoxale is echter dat het stelsel helemaal niet tendeert in de richting van een basisinkomen. Er is sprake van een 'creeping conditionality', een proces van steeds meer en strengere verplichtingen als tegenprestatie voor het recht op uitkering.⁵ De verzekeringsgedachte heeft zijn herintrede gedaan.⁶ Inkomensafhankelijkheid en selectiviteit zijn toegenomen. De repressieve verzorgingsstaat staat te trappelen om een charge uit te voeren, met sociaal rechercheurs in de voorlinies en keukentafelambtenaren om de scherven op te vegen.⁷ Is het ideaal van het basisinkomen te abstract voor de burger en zijn politieke vertegenwoordigers om te begrijpen?

De constante hervormingen in de sociale zekerheid stemde Noordam nogal pessimistisch. Hij zag maar één constante: de afbraak van de sociale zekerheid. Wat daarvoor aan plannen in de plaats is gekomen, is niet erg concreet, bijna nooit gerealiseerd, klakkeloze napraterij, of oude wijn in nieuwe zakken, vond hij.⁸ De sociale zekerheid als afschuwwekkende leegte.

Zelf ben ik optimistischer gestemd. Elke nieuwe periode, trend of hype laat ook goede sporen achter. En welke omwegen ook worden bewandeld, uiteindelijk zal de mensheid overtuigd raken van de filosofie van een basisinkomen. Misschien wordt het wel weer een nieuwe hype! Dick heeft zijn basisinkomen al in de vorm van de AOW. De AOW is de eerste wet die een basisinkomen heeft ingevoerd, maar dan alleen voor ouderen. Als het residu van de decentralisatiehype voor hem bovendien een lieve wijk-verpleegster oplevert die 's ochtends koffie zet en hem 's avonds instopt met een warme kruik, dan hoeft niemand ontevreden te zijn.

5 De term is ontleend aan P. Dwyer, 'Creeping conditionality in the UK: from welfare rights to conditional entitlements?', *Canadian Journal of Sociology* 29(2), 2004, p. 264-287.

6 Zie de kritische bespreking van de oratie van G.M.J. Veldkamp (*Afscheid van de verzekeringsgedachte, over het oneigenlijk gebruik van het begrip verzekering in het Nederlands systeem van sociale zekerheid* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1978) van E.P. de Jong, 'Naar een meer systematische aansluiting tussen het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht', in: *Sociaal en zeker* (Veldkamp-bundel), Deventer: Kluwer 1986, p. 65-80.

7 Vgl. G.J. Vonk, 'Repressieve verzorgingsstaat', *NJB* 2014 (2), p. 95-102.

8 F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel' (deel II), *SMA* 2005, p. 335-345, 345.

Deel III

Algemeen bestuursrecht

22 De generalistische (bestuurs)rechter

Gradus Vrieze

Een specialist zal uiteraard altijd zeggen dat hij overtuigd is van de noodzaak van zijn specialisme. Dat geldt dus ook voor mij.

A.N. van Zelm van Eldik, specialist vervoersrecht in de Rotterdamse rechtbank.¹

Mijn specialisme is generalist.

De voorzitter van destijds de straffkamer en later de ondernemingskamer in het Amsterdamse Gerechtshof, J. Huub M. Willems op 24 november 2000 in de aan specialisatie gewijde jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak te 's-Hertogenbosch.²

Je moet advies vragen aan specialisten en beslissingen overlaten aan generalisten.

Gynaecoloog M.F. Schutte in een stelling bij zijn proefschrift uit 1981 over de behandeling van dreigende vroeggeboorten.

1 Wob-stalkers

Onder andere de regionale pers besteedde het afgelopen jaar in door hun Gemeenschappelijke Pers Dienst verzorgde artikelen meermalen aandacht aan de stroom van verzoeken die bepaalde burgers en zelfs speciaal daarvoor opgerichte bureautjes indienen om informatie van de overheid te verkrijgen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Belangrijkste drijfveer van sommigen van hen lijkt de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen te zijn, waarbij op 1 oktober 2009 artikel 4:17 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ingevoerd werd: men maakt er een sport van om een door overheden verschuldigde dwangsom³ te incasseren als op overigens niet serieus bedoelde verzoeken om verkrijging van voor ambtenaren moeilijk te verzamelen informatie na ingebrekestelling⁴ niet tijdig gereageerd wordt. Er zijn zelfs gemachtigden uit wier machtiging blijkt dat ze (*no cure no pay*) een percentage bedongen hebben en gemeenten die hen afkopen⁵!

1 In *Trema* 1999, p. 351 (in die jaargang kwamen diverse specialisten uit de rechterlijke macht aan het woord).

2 Helaas niet terug te vinden in de schriftelijke weergave van het gesprokene, getiteld 'De achterkant van de postzegel', *Trema* 2001, p. 35 e.v.; zie ook *Trema* (special) 2004, p. 493 en *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2007, afl. 3, p. 80 voor Willems' herhaalde stelling: Specialisme is niet hetzelfde als separatisme.

3 Thans maximaal 1260 euro per verzoek.

4 Volgens CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2851 niet reeds bij voorbaat mogelijk bij de aanvraag; zie verder artikel 4:17 leden 3 en 4 Awb.

5 L.J.M. Timmermans, 'Afkkoop Wob-verzoeken', *Gst.* 2013, 90.

Sommige Gelderse gemeenten besloten hindernissen op te werpen, zoals het eisen van inzending van Wob-verzoeken per post⁶. Maar blijkens een aankondiging van minister Plasterk acht men in Den Haag aanpassing van de wet nodig om misbruik van de Wob als melkkoe tegen te gaan⁷. Ook de Tweede Kamer is er blijkens een op 3 december 2013 aangenomen motie⁸ van overtuigd dat wijziging van het systeem op dit punt vereist is.

2 Misbruik van bevoegdheid

Intussen vroegen civielrechtelijk georiënteerde juristen zich bij berichten over tienduizenden euro's die overheden aan dwangsommen uitgeven, verbijsterd af of men in de bestuurswereld dan nog nooit gehoord had van het leerstuk misbruik van bevoegdheid. Waarom vraagt de overheid in kort geding geen verbod aan Wob-stalkers om dergelijke verzoeken in te dienen⁹?

Een wegens de onderhoudstoestand van de door hem verhuurde woningen door de gemeente Dordrecht aangepakte huisjesmelker bleek vorig jaar met de afdoening van zijn Wob-verzoeken maar liefst vier ambtenaren van die gemeente aan het werk te houden: hij kwam er openlijk voor uit dat hij de gemeente wel zou krijgen. Uiteindelijk moest de civiele voorzieningenrechter in de Rotterdamse rechtbank¹⁰ ingeschakeld worden: deze verbood hem meer dan tien verzoeken per maand in te dienen. De rechter baseerde zich op misbruik van bevoegdheid: alleen om de gemeente te 'zieken' werd het gemeentelijk apparaat disproportioneel overbelast.¹¹

Maar waarom was er een civiel kort geding nodig? Waarom weigeren overheden niet gewoon om de dwangsom uit te keren? Omdat bestuursrechters dat niet saueren? Civiele rechters zullen dat zeker doen. Het leerstuk dat men bij misbruik ervan bepaalde bevoegdheden niet kan inroepen geldt toch niet alleen voor de overheid maar ook tegen-

6 De Stentor van 9 januari 2014; leges mogen niet geheven worden volgens HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0693, maar de elektronische weg hoeft een bestuursorgaan niet open te stellen blijkens ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5897. Zie ten slotte ook het meldpunt op www.vng.nl.

7 Zie www.internetconsultatie.nl/wetaanpassingwob: een verzoek dat kennelijk een ander doel heeft dan het verzamelen van informatie mag buiten behandeling worden gelaten; zie ook P.E.M. Franssen, 'Over Wob-gebruiken, Wob gebruiken en Wob misbruiken', *Tijdschrift voor Praktisch bestuursrecht* 2013, nr. 7, p. 8 e.v.

8 Motie Fokke/Taverne (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 750 VII, nr. 22).

9 R. Mans in NRC-Handelsblad van 26 augustus 2013.

10 Rb. Rotterdam 21 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4905; zie verder Rb. Den Haag 17 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8624, waarin een gemachtigde op grond van een beginsel van wederkerige behoorlijkheid door de bestuursrechter niet-ontvankelijk verklaard werd, omdat hij de grenzen van behoorlijkheid had overschreden (de gemachtigde: 'bureaucratie bij het CVOM moet je met bureaucratie bestrijden').

11 Zie ook F.S. Bakker, 'Misbruik van de Wet Openbaarheid van Bestuur – hoe de rechter dit kan aanpakken', *NJB* 2014, naschrift op p. 170.

over de overheid? Is dat door de Hoge Raad in ons recht geïntroduceerde leerstuk¹² de gespecialiseerde bestuursjurist en bestuursrechter niet bekend? Ziet men van het geldend recht alleen de verscheidenheid en niet meer de eenheid? Lijdt men in het bestuursrecht met zijn traditionele focus op machtsmisbruik door overheden aan een blinde vlek voor machtsmisbruik door boze burgers?¹³

Of durft de bestuursrechter geen buitenwettelijk recht te formuleren aan de hand van min of meer vage rechtsbeginselen zoals ook de strafrechter (een 19^e-eeuwse voorloper van de 20^e-eeuwse bestuursrechter, die zijn handen overigens wel vuil durfde maken aan handhaving door de overheid en zelfs bestraffing van de brave burger) dat heeft gedaan met de ontbrekende materiële wederrechtelijkheid en de afwezigheid van alle schuld en meer recent buitenwettelijke niet-ontvankelijkverklaringen van het bestuursorgaan dat Openbaar Ministerie heet¹⁴?

Zo ver hoeft de bestuursrechter ook helemaal niet te zoeken. Het leerstuk van misbruik van bevoegdheid is al weer hele generaties van juristen bekend uit artikel 3:13 van het in 1992 ingevoerde Burgerlijk Wetboek.

Blijkens de enuntiatieve opsomming in het tweede lid van 3:13 BW is het in artikel 3:3 Awb gecodificeerde verbod van *détournement de pouvoir*, dat zich alleen tot bestuursorganen richt, slechts één van de vele andere denkbare voorbeelden van misbruik van bevoegdheid. Volgens de schakelbepaling van 3:15 BW geldt het verbod van misbruik van bevoegdheid ook buiten het vermogensrecht; op bestuursjuristen rust de bewijslast dat en waarom de aard van de rechtsbetrekking tussen bestuursorgaan en burger zich tegen toepassing van 3:13 BW in bestuurlijke verhoudingen verzet – en dat steeds opnieuw.¹⁵

3 Eenheid in recht en rechtspraak; brede opleiding

Met zijn proefschrift over beleidsovereenkomsten en zijn latere activiteiten voor het Instituut voor Bouwrecht heeft Dick Lubach laten zien hoe bevruchtend het kan werken als juristen zicht blijven houden op elkanders uit elkaar drijvende continenten en op elkaars bezigheden: anders moet elke innovatie in elke cultuur opnieuw uitgevonden worden.

12 HR 13 maart 1936, *NJ* 1923/415 (na het verbod van jute zakken aan een waslijn die buurmans uitzicht bedierven, kwam er een watertoren, die na alsnog aangesloten te zijn op put of waterleiding, als uitkomst van de derde procedure mocht blijven staan) resp. HR 2 december 1937, *NJ* 1938/353 (de Lentse schutting op 25 cm van de ramen van de kijvende buurvrouw mocht ook blijven staan); zie verder E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 2012, o.a. p. 18 e.v. voor vergelijkingen met de Wet bescherming persoonsgegevens en p. 47.

13 In elk geval niet helemaal. Zie onder meer A.M. Klingenberg, 'Veelklagers en veel klachten', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: Bju 2006, p. 255; K.J. de Graaf, 'Misbruik van bestuursprocesrecht', *NTB* 2006, 6.

14 Zie M.J.A. Duker, 'Samenhang in buitenwettelijke gronden voor niet-ontvankelijkheid van het OM', *Delikt en Delinkwent* 2013, p. 673 e.v. Duker waarschuwt tegen het te sterk uiteenrafelen van toetsingscriteria; in mijn woorden: het geheel van schendingen is meer dan de bagatellisering van alle delen.

15 Volgens de Rotterdamse kort-geding-rechter uit noot 10 maakt een burger zich tegenover een overheid in het algemeen 'minder snel' schuldig aan misbruik van bevoegdheid.

De voortschrijdende specialisatie onder juristen heeft tot nu toe de eenheid in de rechtspraak¹⁶ nog niet verscheurd, maar als regelmatige oproepen van juridische specialisten gehoor hadden gevonden, hadden we behalve een afzonderlijke octrooikamer ook al lang speciale rechters gehad voor de mensenhandel, de kinderalimentatie, de industriële en intellectuele eigendom en welke *niches* juridische adviseurs verder maar mogen hebben gecreëerd – voornamelijk om commerciële redenen (specialisten kunnen hoger declareren). En niet te vergeten ter behartiging van gevestigde belangen als die van de bank- en verzekeringswereld of de uitgevers die zich allemaal dan ook graag tegenover consumenten bedienen van arbitrage(bedingen).

In tegenstelling tot die specialisatie-tendensen in de juridische omgeving¹⁷, valt in de rechterlijke macht daartegen een min of meer hardnekkige weerstand te bespeuren die niet alleen tot behoudzucht kan worden herleid¹⁸. Ook de nieuwe initiële rechtersopleiding die per 1 januari 2014 van start ging, vindt – net als vanouds bij aankomende rechters met ruime vóór-ervaring in andere juridische beroepen – in minstens twee van de drie naar de respectieve procedures (civielrechtelijk, strafrechtelijk, bestuursrechtelijk) onderscheiden sectoren plaats. Tussen 1992 en 2018 worden rechterlijke ambtenaren in opleiding (raio's) in maar liefst drie rechtbanksectoren opgeleid. Pas na de 55-jarige leeftijd wordt het rechters vergund niet opnieuw te hoeven rouleren en te teren op de tot dan op het hoogtepunt van de rechterlijke carrière opgedane innovatieve inzichten, productieve ervaring en ijverig opgestapelde kennis¹⁹.

4 Specialisatie elders: bij ketenpartners

Hol en Loth hebben in hun studie *Beter Weten* uit 2002²⁰ laten zien hoe betrekkelijk specialisatie is: zo is het niet alleen de toenemende ingewikkeldheid van regelgeving of het recht in het algemeen – een intrinsieke oorzaak dus – maar ook de omgeving die bepaalt wanneer een specialisatie gewenst lijkt. Zij citeren Abbott,²¹ die in 1988 al *differentiation in exogenous social structures*, bijvoorbeeld *divergence in work sites or in client groups* aanwees als oorzaken die niets met de aard van het ambacht of in ons geval de structuur van het recht te maken hebben. Deze specialisatie van bedrijfsjuristen en advocaten en de vorming van specialistenverenigingen gaan hand in hand met die in juridische tijdschriften. En dan schept het aanbod de vraag. Ook in de wetenschap is het systeem in de specialisaties wel eens zoek, omdat de universiteiten het meer en meer van derde-geldstromen moeten hebben en daartoe gesponsorde leerstoelen laten bezetten,

16 Rechtspraak met een hoofdletter R duidt in het jargon van de Raad voor de rechtspraak en de gerechtsbesturen op de door de Raad gefaciliteerde colleges: gerechtshoven, rechtbanken, CBB en CRvB.

17 Tot op zekere hoogte met uitzondering van de rechtenfaculteiten, waar recentelijk is gekozen voor verbreding van de Bachelor-opleidingen.

18 Zie de titel van J.W.M. Tromp c.s. (red.), *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?*, Deventer: Kluwer 2006 (ook informatief over de destijds geldende situatie en opvattingen).

19 Zie voor de door organisatiedeskundige M. Weggeman beschreven ontwikkelingscyclus van de professional die begint als voortdurend waarom vragende *trainee*, zich vervolgens van een *high potential innovative star* ontwikkelt tot een evenwichtige produktietijger en eindigt als verteller: het schema in *Trema* 2009, p. 57.

20 *Trema* 2002, p. 486 e.v.; zie ook *Trema* 2004 december (special Wettelijke concentratie van rechtspraak).

21 Vergeten in hun bronvermelding.

waarvoor de faculteit wel een logischer specialisme had weten te bedenken. Vaak wordt ook een vergelijking met medische specialisten gemaakt: wie wil zich nu niet het liefste laten opereren door de beste specialisten, super-specialisten zelfs? Maar sommige van deze super-specialisten mogen de geneeskunde niet eens meer beoefenen!

Vooraf radiologen en nucleair geneeskundigen signaleren nog wel eens een tunnelvisie bij specialisten. De hele indeling in specialismen en de graad ervan is nogal willekeurig; zo is er geen spierspecialist en plegen cardiologen en sportartsen hun kennis van spieren niet te delen met orthopeden. De geriatrie is een fraai voorbeeld van een uit diverse specialismen opgebouwd generalisme dat zich focust op bepaalde typen patiënten en hen zo bedient. Er zijn dus generalisten nodig die verder kijken dan de neus van de specialist of die van de patiënt lang is. Alleen de huisarts kent nog de hele mens, de hypochonder, de aandachtzoeker en de lijder aan Münchhausen by proxy. Net als huisartsen hun geneeskundige bevoegdheid (BIG-registratie), moeten rechters processuele vaardigheden onderhouden die vele advocaten al niet eens meer koesteren.

Ook deze vergelijking gaat dus niet op.

5 Specialisatie van rechters: een Europese visie

Loopt de Rechtspraak echt achter, zoals andere juridische beroepsgroepen ons trachten te doen geloven? Of doet zij er goed aan, hierin een eigen koers te blijven varen? Om te laten zien dat er niet van een Nederlandse *Alleingang* sprake is, wil ik hierna aandacht vragen voor de in 2012 uitgebrachte Opinion Nr 15 van de Consultative Council of Judges in Europe (CCJE), een uit rechters bestaand adviesorgaan van het comité van justitie-ministers van de Raad van Europa²².

De CCJ; Opinions and Recommendations

De Consultative Council of Judges in Europe/Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE) bestaat uit rechters uit elk van de lidstaten van de Raad van Europa. In Nederland heeft de Raad voor de rechtspraak de afvaardiging overgenomen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak NVvR. Sinds 2001 heeft de CCJE al een vijftiental Opinions het licht doen zien, alsmede medio 2010 de Magna Carta die twaalf eerdere Opinions samenvat.

Elke Opinion wordt gebaseerd op de reacties op een vragenlijst aan alle deelnemers. Deze wordt met de uiteraard gedateerde maar daarom nog niet minder interessante resultaten daarvan als appendix aan de Opinion toegevoegd.

De Opinion komt vervolgens definitief tot stand in debatten over een naar aanleiding van de antwoorden op de vragenlijst opgesteld concept. De Opinions worden geadresseerd aan het Comité van justitie-ministers van de lidstaten van de Raad van Europa en beantwoorden meestal aan een betreffende dat onderwerp door hen gevraagd advies.

Veel conclusies en aanbevelingen zijn – eveneens in 2010 – uitgemond in vernieuwing van de uit 1994 daterende Recommendation R (94) 12 van het comité van justitie-ministers. Dergelijke Recommendations zijn gericht tot de lidstaten. Van Opinions die de ministers niet tot een dergelijke actie bewegen, wordt naar goed diplomatiek gebruik nota genomen (*‘noted’*) zowel de Opinions als de Recommendation leveren zogenaamde *soft law* op: niet afdwingbaar, maar wel inroepbaar, want gezaghebbend.

22 Zie over de CCJE: het Nederlandse lid sinds jaar en dag mr W.A.J. van Lierop in *Trema* 2010, p. 111.

Recommendation R (10) 12 is evenals de Opinions van de CCJE te vinden op www.coe.int resp. www.coe.int/ccje.

Opinion Nr 15

Opinion Nr 15 sluit de ogen niet voor de voordelen van specialisatie: feitelijke (par. 11) en juridische (par. 8) expertise, en daaruit voortvloeiende autoriteit (par. 9), consistentie en voorspelbaarheid van beslissingen als deze steeds uit dezelfde kleine groep voortkomen (par. 10) en efficiëntere afdoening van zaken (par. 13)²³ en toch concludeert zij onder II dat *the predominant role in judicial adjudication should be undertaken by 'generalist' judges*.

Voor een deel wordt dat ook onvermijdelijk geacht. Alles moet nu eenmaal behandeld worden, onderkent par. 27. Omdat blijkens de artikelen 6 en 13 van het EVRM de van overheidswege georganiseerde rechtspraak alle claims van burgers ter bescherming van hun civiele en strafvorderlijke rechten moet behandelen, vormen generalistische rechtbanken en generalistische rechters het uitgangspunt en specialistische de uitzondering die de regel bevestigt volgens Conclusion III: *Specialist judges and courts should only be introduced when necessary because of the complexity or specificity of the law or facts and thus for the proper administration of justice*.

Specialisatie is een luxe blijkens Conclusie VIII: *Mobility and flexibility on the part of judges will often be sufficient to meet the needs for specialisation*.

Dat heeft gevolgen voor de opleiding blijkens par. 26 en 27:

26. *In principle, judges should be capable of deciding cases in all fields.[...]*

27. *[...] It is vital, from the outset, for judges to have general training in order to acquire the requisite flexibility and versatility to cope with the needs of a general court, which has to deal with an enormous variety of matters, including those requiring a certain degree of specialisation.*

De jurist die – bijvoorbeeld als vliegende rechter – op de Koninkrijkseilanden in het Caraïbisch gebied gewerkt heeft, kan dit alleen maar van harte onderschrijven.

Specialisatie van rechters: beperkte haalbaarheid

Specialisatie is trouwens ook maar beperkt haalbaar. Bij tien keer zoveel advocaten als rechters en nog eens even veel bedrijfs- en bestuursjuristen kan men niet verwachten dat de rechter in elke zaak evenveel detailkennis heeft. Het is de vraag of dat erg is. De rechter moet het meestal hebben van elkaar tegensprekende advocaten en heel wat advocaten die schamperen over het gebrekkige kennisniveau van de rechter, hadden geen weerwoord op zijn door die (soms innerlijke) tegenspraak uitgelokte, dom lijkende maar scherpzinnig nuchtere vragen.

Het is waar dat het gezag van de rechter in het geding komt – erger voor de in het gelijk gestelde partij dan voor hem – als hij advocaten niet meer kan volgen of als die indruk gewekt wordt (Opinion Nr 15, par. 18), maar hij moet ook durven zeggen dat hij niet meer weet waar ze het over hebben en dat dat ook niet erg is: openstaan voor de inzichten van partijen is niet hetzelfde als meegaan in de zinloze spitsvondigheden van hun advocaten. Adequaat reageren op de inbreng van specialisten kan ook impliceren dat de rechter hen verrast met de hantering van beginselen uit andere rechtsgebieden,

23 Sinds de aanpassing van de uit 1994 daterende Recommendation R (94) 12 van de Europese justitie-ministers in 2010 een zelfs in de nieuwe titel van R (10) 12 opgenomen *responsibility* van rechters.

zoals misbruik van bevoegdheid²⁴. Te veel *sophistication* kan een gevolg zijn van *narrow-mindedness*.

Generalistische kennis bevordert ook dat rechters voor de rechtsvinding putten uit wetgeving en jurisprudentie op een ander gebied. Zo hanteren civiele rechters bij de bepaling van dwangsommen artikel 5:32 Awb en kunnen strafrechters zich bij discussies over de vorming van het dossier laten inspireren door de in artikel 8:29 Awb getroffen regeling voor geheime stukken.

Omgekeerd was zonder dergelijke inbreng van de met de sinds 2002 ingevoerde comparitie na antwoord opgedane ervaringen het bestuursprocesrecht wellicht nog lang in zijn inefficiënte herhalingen van eindeloze vernietigingen blijven steken en was er in 2012 in de eerste aanleg²⁵ nooit een nieuwe zaaksbehandeling (met een meer informatie vragende en regisserende rechter²⁶) gekomen of een bestuurlijke lus (gebreken in bestuursbesluiten passeren of tussentijds (zelf/laten) repareren) of de finale geschilbeslechting van 8:41a Awb.²⁷

Specialisatie van rechters: onwenselijk, maar soms onvermijdelijk

Vanwege de vanzelfsprekendheid waarmee zo vaak geponereerd wordt dat de zittende magistratuur haar ketenpartners (advocatuur en Openbaar Ministerie, Raden voor de Kinderbescherming en curatoren) en omgeving (wetenschap en bedrijfsjuristen) in specialisatiegraad moet trachten bij te benen, wil ik hier vooral een goed woordje doen voor de bruikbaarheid of zelfs meerwaarde in de rechtspraak van de ouderwetse generalist.

De Rechtspraak (in feitelijke aanleg) en de Hoge Raad grossieren gelukkig nog in rechters die over minstens elementair inzicht in alle drie processuele sectoren en het daar algemeen geldende materiële recht beschikken en de principes ervan kennen en dat is vooral van belang waar deze elkaar raken. Niets is erger dan rechters die de problematiek van rechtzoekenden niet in hun geheel kunnen overzien en als politierechter niet begrijpen wat een verdachte op het gebied van familie- en jeugdrecht en schuldsanering overkomt. Burgers mogen niet het slachtoffer worden van verkokerde advocaten en gemachtigden, zoals de specialist huurrecht die mij bij het betreden van de zittingzaal eens ongevraagd uitlegde dat hij alles van huurovereenkomsten wist, maar vervolgens protesteerde toen ik hem leerstukken van algemeen overeenkomstenrecht voorhield. Dergelijke specialisten vinden het uiteraard niet leuk om terechtgewezen te worden door rechters met minder diepgang en een ruimere blik, maar omwille van de burgers en de samenhang van het totale Nederlandse en zelfs Europese rechtssysteem moet dat dan maar.

24 Zie J.H.M. Willems ('De achterkant van een postzegel', *Trema* 2001, p. 36), die bij zijn tentamen staatsrecht al vermoedde dat de Romeinsrechtelijke regel *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* wel in de Wet Gemeenschappelijke Regelingen zou zijn opgenomen, maar niet wist waar.

25 Zie A.T. Marseille, 'De nieuwe zaaksbehandeling, van waarde in hoger beroep', *NTB* 2013, 31.

26 Zie ook M.J. Smilde & C.A.R.M. van Leuven, 'De zitting: naar de kern van de kwestie', *Trema* 2013, p. 314 e.v.

27 Oudere methoden in art. 6:22 en 8:72 lid 3 Awb.

6 Specialisatie van rechters: een kwestie van organiseren

Pas als je de Hoge Raad nadert, wordt behoud van specialistische kennis steeds belangrijker; niet om te hebben, maar om te organiseren: met behulp van *amici curiae* als casus-advocaten en het parket van de Procureur-Generaal en zijn Advocaten-Generaal. Intussen is ook bij gerechtshoven en de Hoge Raad het rouleren nog steeds een goede gewoonte en bij de Hoge Raad kijkt niemand ervan op als een civielrechtelijk ervaren raadshere naar de straf- of belastingkamer gaat. Volgens de website van de Hoge Raad hoeven de telkens tien raadsheren die de civiele-, straf- of belastingsector bemensen, de juridische materie slechts gezamenlijk volledig in de vingers te hebben ter bevordering van de rechtseenheid; en dan nog zullen gespecialiseerde juridische medewerkers die een veelvoud van die dertig vormen, een welkome aanvulling en verdieping kunnen bieden. Bij de Hoge Raad floreert al sinds 1978 een wetenschappelijk bureau dat meer weet dan alle raadsheren bij elkaar, maar over minder juridische- en levenservaring en in-, over- en doorzicht beschikt. Het heeft zich even onmisbaar gemaakt als recent voor de gerechtshoven en rechtbanken de diverse landelijk opererende kenniscentra.

Kenniscentra en lijsten van experts

Al vanaf de onderbrenging van het vreemdelingenrecht bij de rechtbank 's-Gravenhage in 1994 met eerst vier, later negen en ten slotte achttien nevenzittingsplaatsen door het hele land fungeerde er een landelijk kenniscentrum voor vreemdelingenrecht, het zogenaamde LSVZ, later LSVK. Dit stafbureau werd gevormd door het (gerechts)secretariaat van de meervoudige, door rechters uit diverse rechtbanken voor principiële kwesties gevormde rechtseenheidskamer (REK) en een aantal wetenschappelijke medewerkers/stafjuristen. Zij boden ondersteuning aan het landelijk Vreemdelingenberaad en aan de rechtbanken door middel van een jurisprudentienieuwsbrief, een Vreemdelingenbulletin en notities over uiteenlopende (actuele) onderwerpen. In afgeslankte vorm is het takenpakket tegenwoordig door de Raad voor de rechtspraak ondergebracht bij het Landelijk stafbureau bestuursrecht.

Ook reeds in de jaren negentig werden er per gerecht coördinatoren aangewezen voor Europees recht.

Sinds 2005 zijn bij diverse gerechtshoven kenniscentra opgericht waar alle rechterlijke instanties uit mogen putten. Zo bestaan er kenniscentra voor Milieu en Gezondheid en op strafrechtelijk gebied voor Fraude, Cybercrime,²⁸ Forensische Expertise en Economisch Strafrecht. De rij is natuurlijk naar behoefte uit te breiden. De kenniscentra bieden een digitale helpdesk, websites zoals Wiki Juridica, nieuwsbrieven, cursussen en themadagen die vaak weer in nieuwe kennisdocumenten uitmonden.²⁹

Netwerken

Naast deze stafbureaus en kenniscentra kent de rechterlijke macht vanouds een in- en externe netwerkstructuur: intern zijn er landelijke expertmeetings van kinderrechters,³⁰ politierechters, alimentatierechters, rechter-commissarissen strafzaken en insolventies enzovoorts. Extern is men vertrouwd met de inzet van plaatsvervangers, die flexibel

28 Daaraan is zelfs een deel uit buitenstaanders bestaande Expertgroep verbonden.

29 Zie R. van den Munckhof c.s., 'Kenniscentra voor de Rechtspraak', *Trema* 2010, p. 249 e.v.

30 Bij hen signaleren Hol en Loth in een case-study in *Trema* 2002, p. 495 al despecialisatie vanwege de invoering van bestuursrechterlijke toetsing! (let op de r).

inzetbaar zijn.³¹ Wel heel erg voor de hand ligt een Rechtspraak-brede inventarisatie van rechters en stafjuristen met een specifieke ervaring en deskundigheid om die vervolgens waar nodig te kunnen inroepen via video-conferencing. Een organisatie die een Wiki Juridica van juridische data kan bijhouden, kan dat ook met mensen.

Roulatie

Is zo in de behoefte aan superspecialismen te voorzien, daarnaast blijft de vanouds gebruikelijke roulatie van rechters over sectoren de panacee tegen tunnelvisie en eigenwijsheid die de spuigaten uitloopt. Een frisse blik van nieuwkomers in een bepaald vakgebied is in elke sector de sleutel tot vernieuwing en een levensvereiste om verstarring tegen te gaan.

Dakpan

Roulatie hoeft ook niet ten koste van ervaring en deskundigheid te gaan, zolang zulke wisselingen maar niet *en masse* en gelijktijdig plaatsvinden. Veel rechtbanken organiseren een dakpangewijze roulatie: een duo rechters bemenst gedurende een minimaal aantal jaren (van twee tot vier of vijf) een gespecialiseerde positie als rechter-commissaris, waarbij de meest ervarene eerst de nieuweling inwerkt en vervolgens plaatsmaakt voor een opvolger die op zijn beurt door die laatste nieuwkomer wordt ingewerkt. *En passant* creëert men zo ook een reserve-bestand van door de wol geverfde rechters, waarvan in een later stadium van hun carrière ook de gerechtshoven kunnen profiteren³².

Vakmanschap is meesterschap

De meeste rechters zijn heel goed in staat zich binnen een maand (weer) in te lezen in de recente ontwikkelingen op een nieuw aan hen toevertrouwd vakgebied, vooral als ze het al eerder hebben leren kennen. Bovendien: niet elk rechtsgebied, niet elke wet heeft een heel eigen juridisch systeem; wie één wet heeft gezien, kent de structuur en opzet van duizenden andere. En ten slotte komt het bij feitenrechters naast al die rechtskennis toch vooral aan op een aan alle rechtsgebieden gemene bezigheid: luisteren, afwegen en beslissen, wat men in Frankrijk zo mooi samenvat onder de noemer *l'art de juger*.

Om deze *proper administration of justice* draaide het in de al geciteerde Conclusion III van Opinion Nr 15 en daarom wil Conclusion IV ook niets weten van buiten de gewone rechterlijke macht opererende rechters: *Specialist judges and courts should always remain a part of a single judicial body as a whole*.

Wie eenmaal denkt in termen van kennismanagement in de rechterlijke organisatie kan ook veel meer ruimte aan generalistische rechters bieden, als hij een gespecialiseerde staf creëert die – afgezien van normale personeelswisselingen – minder vaak rouleert dan bij rechters gebruikelijk is.

31 Deze inzet staat ook bovenaan de verlanglijst van W. Korthals Altes in zijn ver gaande pleidooi voor specialisatie in *Trema* 2011, p. 161 e.v.: Europeanisering en specialisering; zie echter R.R. Winter over gerechtscoördinatoren Europees recht in elk rechterlijk college in *Trema* 2010, p. 443.

32 In die geest ook par. 27 van Opinion 15.

Als permanente specialisatie hier en daar een onmisbare functie is van de landelijke of lokale organisatie, hoeft zij dus niet meer van individuen te komen.

Mastodonten

Er wordt nog wel eens vergeten, hoe vroeger in de advocatuur (en soms ook het OM) reikhalzend kon worden uitgezien naar de pensionering van de op zijn zetel vastgeroeste rechter-commissaris of de eeuwige kinderrechter die – vooral in kleinere arrondissementen – een stempel op de rechtspleging en met name de wetsuitleg en belangenafweging wist te drukken, niet het minst ook omdat ze op den duur hun pappenheimers meenden te kennen en er onwrikbare opvattingen op na waren gaan houden op hun enge rechtsgebied. Bij advocaten is dat minder erg, maar degenen die de beslissingen nemen, kunnen maar beter niet te goed ingevoerd zijn en onbevangen blijven en ontvankelijk voor wat anderen hun vertellen. Specialisatie heeft ook maar al te vaak geleid tot stereotypering van rechters als bestuursvriendelijk respectievelijk burgervriendelijk, zoals dat ook bij niet roulerende kantonrechters gebeurt: werkgeversvriendelijk respectievelijk werknemersvriendelijk.

7 Systeem-eisen van de door de overheid georganiseerde rechtspraak

Hier stuiten we op één van de eerste aan de aard van de van overheidswege georganiseerde rechtspraak eigen systeem-eisen, die gevolgen hebben voor de keus tussen specialisme en generalisme: onbevangenheid die specialisten meer ontberen naarmate ze verder gespecialiseerd zijn en onpartijdigheid die ermee gebaat is dat rechters zich niet te veel encanaileren met bijvoorbeeld ketenpartners, specialistenverenigingen en redacties van specialistische tijdschriften. Wat goed is voor de wetenschap en misschien voor cliënten die graag betalen voor ingewikkeldheid, is niet *per se* van waarde voor de onpartijdige en dus onafhankelijke geschilbeslechting. En dat is nu juist de eerste en belangrijkste opdracht voor de van overheidswege benoemde en aan de samenleving omwille van de rechtsvrede tegen lagere kosten dan die van arbitrage beschikbaar gestelde rechter.

Rechtsontwikkeling?

Die opdracht bepaalt ook in hoge mate de aard van het rechterswerk, dat heel andere eisen stelt dan de wetenschapsbeoefening of de juridische bijstand. Van rechters wordt veel meer verwacht dan toepassing van de wet of het recht alleen. Hun bijdrage aan de rechtsvorming komt voornamelijk van de Hoge Raad, is op lager niveau hoogstens een vaak voor de burger onwenselijk neveneffect of bijproduct³³ en kan – ook teneinde de rechter niet in politiek vaarwater te brengen – met het oog op behoud van het maatschappelijk vertrouwen in de democratisch niet gelegitimeerde rechter beter aan de wetgever worden overgelaten.

Geschillen van burgers beslechten

Rechters moeten – zo nodig tegen hun welbewust met microscopen en oorbeschermers en veiligheidsbrillen (vroeger zei men: oogkleppen) uitgeruste adviseurs in! – juist de

33 Zie ook mijn Scherzo Proefkonijnen in *Trema* 2009, p. 252 e.v. (en op p. 35 van dezelfde jaargang: Omerta).

eenheid en systematische aaneengeslotenheid van het totale materiële recht bewaken, en van de procedures: die beogen immers ook dezelfde waarden waar te maken. Dat moet vooral omwille van de rechtzoekende burgers die een totaalprobleem hebben, dat niet zo maar in juridisch hapklare brokken kan worden opgesplitst.³⁴ Voor hen liggen arbeidsrecht en sociale verzekeringsrecht in elkaars verlengde en wat moeten zij met een kantonrechter die niets van uitkeringen weet maar soms wel moet voorspellen wat de Centrale Raad van Beroep daarover uiteindelijk zal beslissen en dan maar met voorwaardelijke vonnissen komt of zelfs zijn beslissingen in afwachting van de sociale-verzekeringsrechter voor zich uitschuift? Waarom kunnen alle zaken die er spelen rond een kind (ondertoezichtstelling, leerplicht, diefstalletjes) niet door één jeugdrechter behandeld worden en liefst snel en tegelijkertijd?³⁵ Gaan strafrechters wel op dezelfde wijze met straat-, huis- en contactverboden om als de rechters in kort geding? Realiseren strafrechters zich de vreemdelingenrechtelijke gevolgen van hun bestraffingen?³⁶

Integrale gerechten

Met het oog op al deze samenhangen werd in 1992 de bestuursrechter geïntegreerd in de rechtbanken. Het motief is nog eens kernachtig onder woorden gebracht in par. 55 van Opinion Nr 15: [...] *separate hierarchies may complicate the administration of and access to justice.*

Bij die zorg over de *administration* moet men denken aan langs elkaar heen werkende rechters die van elkaar niet weten wat ze doen, zowel in het algemeen als wat nog erger is: in concrete zaken betreffende bepaalde rechtzoekenden. Bij die zorg over de *access* ging het erom te voorkomen dat burgers van het kastje naar de muur gestuurd werden of tussen wal en schip raakten, verstrikt in positieve of negatieve competentiegeschillen (iedereen resp. niemand acht zich bevoegd) of verschillende typen van juridische benadering.

Schadevergoeding en ontduiking van stafvorderlijke waarborgen

Welke burger zal nog genoeg nemen met een zuiver schadebesluit van een overheidsorgaan of een op titel 8.4 van de Awb gebaseerde tegemoetkoming van de bestuursrechter na een onrechtmatige overheidsdaad³⁷ of een door OM of politierechter toegekende schadevergoeding, als die anders berekend wordt en lager uitpakt dan wat de abstracte schadeberekening van de civiele rechter al dan niet met winstafdracht³⁸ oplevert?

De bestuursrechter moet zich bijvoorbeeld realiseren dat de overheid niet door de invoering van bestuurlijke boetes en straffen de burger met succes kan beroven van de

34 Zie bijvoorbeeld J.M. Barendrecht c.s., *Innovating Justice*, 2013 en *HiiL, Trialogue – releasing the value of courts*, 2013 over: specialiseren op door burgers ervaren problemen, procedurele rechtvaardigheid in plaats van polarisatie en uitkomsten die werken dankzij juristen die bijsturen in plaats van besturen.

35 Voor juridische knelpunten tussen verschillende processystemen die dan manifest worden: K.E. Hepping en B.C. Bolkers, 'Horen, zwijgen en spreken op de combi-zitting', *NJB* 2014, p. 179.

36 Zie H. de Jonge van Ellemeet, 'Vreemdelingen(zaken) in de strafkamer van de Hoge Raad', *NJB* 2014, vooral p. 91 e.v.

37 Volgens B.J. Schueler & B.J. van Ettehoven, 'De losse eindjes van Titel 8.4 Awb', *NTB* 2013, 34, valt de deals op 1 juli 2013 ingevoerde Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten ook niet op door eenvoud.

38 Zie art. 6:96, 6:104 en 6:212 BW.

strafvorderlijke waarborgen die hem geboden worden tegen strafrechtelijke inbreuken op zijn vrijheden. En dus zal hij als een ware strafrechter moeten kunnen opereren, die voorkomt dat de overheid de burger bij hem makkelijker van zijn rechten berooft dan bij zijn collega in de straffkamer.

Daar is eerder generalistische dan specialistische kennis voor nodig, want daar kun je wel aan komen, een kwestie van kennismanagement. In dat opzicht stellen uitspraken van de hoogste (bestuurs)rechters wel gerust³⁹, maar zijn ze gemeengoed?⁴⁰ Voor uitspraken als in noot 39 vermeld moet je eerst op het idee komen dat er samenhang en vergelijkbaarheid bestaan in de meest uiteenlopende rechtsgebieden. Om daarin de consistentie te bewaken, is het inzicht van een generalist nodig, die het hele rechtssysteem overziet en begrijpt.

8 Gevaren voor waarden van de door de overheid georganiseerde rechtspraak

Burgers lopen nog ernstiger risico's: ook de onafhankelijkheid van hun rechters kan door specialisatie gevaar lopen. We zagen al hoe par. 55 van Opinion 15 waarschuwt tegen onderbrenging van specialismen – en dus specialisten – in bijzondere colleges⁴¹, maar par. 19 vreest *exposure of judges in a highly specialist court to pressure from the parties, interest groups or other State powers*. Tegen kringetjes van om elkaar heen baltsende specialistische advocaten en rechters werd nota bene reeds gewaarschuwd in het rapport Specialisatie loont?⁴², blijkens het voorwoord een onderzoek naar de gevoelstemperatuur van grote ondernemingen over specialistische kamers: hoe warm lopen ze voor de ondernemingskamer in Amsterdam, de octrooikamer in Den Haag en de zogenaamde natte kamer in Rotterdam (zeetransporten)?⁴³

39 Zie bijvoorbeeld EHRM 1 maart 2007 (Geerings vs Nederland), ECLI:NL:XX:2007:BA1112 over de voordeelsontneming na vrijspraak. Verder ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS: 2012: BW3870 (Wet Bibob) en ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1643 (alcoholslot). Last but not least over het zwijgrecht: CRvB 16 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU6392 en CRvB 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2499 en over bij een huisbezoek verkregen bewijs CRvB 11 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA2410, CRvB 14 april 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI4324 en CRvB 24 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4057.

40 T. Barkhuysen pleit in *NJB* 2014, p. 169 voor 'Herijking van waarborgen bij bestuurlijke sancties'. Zie verder uitgebreid R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

41 Zie ook par. 37 van Opinion Nr 15 en Opinion Nr 8 over speciale terrorisme-rechtbanken. En het wordt ook de hoogste tijd dat op het hoogste bestuursrechtelijke niveau gestreefd wordt naar één bestuursrechtelijke kamer van de Hoge Raad: toevoeging van CBB, CRvB en ABRvS aan de belastingkamer van de HR; zie (*Kamerstukken II* 29 279, nr. 172 over) het daartoe strekkende *position paper* van de Raad voor de rechtspraak uit mei 2013.

42 Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen, Rapport van de Raad voor de rechtspraak, Den Haag 2010, ISBN 978 90 12 38 385-1: die ervaringen bleken positief, maar het bleef toch uitkijken.

43 Zie ook mijn Scherzo Forum privilegium in *Trema* 2009, p. 147.

Maar ook in geïntegreerde, grote gerechten ziet Opinion Nr 15 nadelen en zelfs gevaren van specialisatie opdoemen.

Onafhankelijkheid van rechters

Allereerst lopen de rechtszekerheid en consistente wetstoepassing, die men blijkens par. 10 met specialisatie hoopt te dienen, het gevaar dat *a specialised area is [...] dealt with by too narrow a group of judges, imposing their view in a certain field [...] and thus preventing developments of the law in that area* (par. 45); *they tend to reproduce their previous decisions* volgens par. 15. En dan nog zou *compartmentalisation of the law and procedure – cutting specialist judges off from legal realities in other fields and potentially isolating them from general principles and fundamental rights – could undermine the principle of legal certainty* (par. 16). Ook de efficiency kan eronder lijden als *(e)xcessive individual specialisation of judges would hamper their necessary versatility, i.e. the ability to address a range of specialist matters* (par. 17).

Zorgwekkender is het gevaar dat het maatschappelijk vertrouwen in onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter loopt, niet alleen als gevolg van *exposure of judges [...] to pressure from the parties, interest groups or other State powers* (par. 19) maar ook reeds van *(an impression of) excessive proximity between judges, lawyers and prosecutors during joint training courses, conferences or meetings* (par. 20). Daarbij gaat het niet alleen om de schijn: par. 20 ziet een *real risk of secret influence*. Door roulatie te organiseren, beschermen gerechtsbesturen hun rechters tegen die pressie en dat wantrouwen en komt het niet alleen op de specialistische rechters zelf aan als het erom gaat dat *[i]f a specialist judge is likely to be dealing with only a small and specialist group of lawyers, or even litigants, he/she may need to take caution in his own conduct* (par. 59).

Flexibiliteit in plaats van specialisatie

Het is goed mogelijk al deze gevaren tegen te gaan door dezelfde *[m]obility and flexibility on the part of judges*, die volgens conclusie VIII *will often be sufficient to meet the needs for specialisation*. Daarvoor moeten rechters zelf *versatility* kunnen opbrengen (par. 45).

Er staat bij rechtspraak veel meer op het spel dan de hoogste graad van wet- en rechtskennis. Opinion 15 wordt niet moe te benadrukken dat specialistische rechters meer rechter dan gespecialiseerd jurist moeten zijn. Aan de al geciteerde Conclusie IV (luidende: *Specialist judges and courts should always remain a part of a single judicial body as a whole*) voegt de tweede volzin van Conclusie VI toe: *The rules of ethics [...] must be the same for all*. Dit wordt in de paragrafen 29, 31 en 32 als volgt uitgewerkt:

29. *Specialist judges, like all judges, must meet the requirements set out in Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Convention).*

31. *Specialisation must never stand in the way of the quality requirements which every judge must meet.*

32. *In principle, general procedural rules must also apply in specialist courts.*

En daarom pleit par. 54 (met in de paragrafen 35 resp. 53, 56, 60 en 62 uitgewerkte consequenties voor onder andere de bekostiging en de rechtspositie) voor *one constituent body of both generalist and specialist judges*.

9 Art de juger

Ik benadrukte al wat generalistische en specialistische rechters samen moeten koesteren: niet alleen dezelfde ethische en juridische beginselen, dezelfde kwaliteiten en integriteit en opleiding maar ook wat ze gemeen hebben: *be expert in the art of judging* (conclusie I) ; *they must have a broad knowledge of legal institutions and principles* (par. 24).

Maar vooral is rechterschap een houding waarmee men omgaat met mensen, hun problemen en geschillen en de waarheden die zij beleven, hun moraal en fatsoen.

Rechters moeten met een korrel zout 'waar gebeurde' verhalen aanhoren in diverse versies en lezingen, juridische uiteenzettingen kritisch toetsen op consistentie, logica en houdbaarheid en vragen of ze niet op slordige en lacuneuze lezing (herinnering!) berusten: van wet en jurisprudentie of van processen-verhaal met verhoren. Er wordt voortdurend heen en weer gependeld tussen feiten en recht. Het is een kwestie van de juiste informatie vergaren, bijzaken en irrelevantia uitzeven, van analyseren kortom in een poging om de kortste weg te vinden naar de meest verdedigbare en rechtvaardige oplossing. En van de zaak kleiner maken⁴⁴ in plaats van groter of ingewikkelder.

Bij zowel de politierechter als op een comparitie van partijen in een civiele – en met de nieuwe zaaksbehandeling ook in de bestuursrechtelijke – procedure of tijdens een mondelinge behandeling – vooral bij de bespreking van voorlopige voorzieningen of bij de kantonrechter waar de burger zonder professionele procesvertegenwoordiging verschijnt – worden vaardigheden gevraagd zoals inlevingsvermogen, de bereidheid om een voorlopig oordeel te geven, de kunst om met onverwachte gegevens om te gaan en om een schikking te beproeven. Wil dat allemaal adequaat gebeuren en passend bij de zaak, dan zijn flexibiliteit, *openmindedness* en een transparante opstelling ook voor juridische specialisten onontbeerlijke karaktereigenschappen. Met een minutieuze voorbereiding en een overigens voor een zakelijke en adequate afhandeling onmisbare agenda⁴⁵ is zo'n rechter er dan niet. Het komt voorts aan op parate globale rechtskennis en gezond verstand of liever, omdat ziekte niet gevreesd behoeft te worden, maar een afwijking wel: *common sense*, ook voor wat betreft de plausibiliteit van juridische redeneringen; er bestaat immers ook nog zoiets als juridische intuïtie, die dwaze redeneringen doorprikt of bespottelijke uitkomsten verwerpt⁴⁶. Par. 26 van Opinion Nr 15 zegt het zo: *Their general knowledge of the law and its underlying principles, their common sense and knowledge of the realities of life give them an ability to apply the law in all fields, including specialist areas, with expert assistance if necessary*.

Rechtsgevoel

En dat rechtsgevoel zou wel eens meer kunnen lijden onder een voortgaande juridische systematisering, detaillering en verbrokkeling.

De wetgever en systematicus E.M. Meijers zou volgens A-G Minkenhof⁴⁷ eens op een college gezegd hebben: 'Als uw juridische redenering niet klopt met uw gevoel voor recht en billijkheid, herzie dan uw juridische redenering'. Heemskerk in een noot⁴⁸:

44 H.F.M. Hofhuis in *Trema* 2008, p. 165

45 E.J. Govaers, 'De finaliserende bestuursrechter: louter een succesverhaal?', *Trema* 2013, p. 309.

46 Zie over praktische wijsheid en het rechterlijk oordeel: A.M. Hol in *Trema* 1997, p. 97 e.v.

47 Geciteerd in J.F. Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, p. 98.

48 In *NJ* 1990/434 bij HR 22 december 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0992.

‘Paul Scholten had het zo kunnen zeggen, maar dit maal was het Meijers’. Of om de student-assistente van wie Dick Lubach en ik de rechtsfilosofie van Dooyeweerd ooit toegelicht kregen, de Amsterdamse voorzieningenrechter mr Tonkens-Gerkema, eens te citeren: ‘Als ik als een mol door de wet, de jurisprudentie en de rechtsliteratuur heengekropen ben, en triomfantelijk met de gevonden oplossing bovenkom, kan ik toch nog tot de ontdekking komen: waar ben ik nou beland? Ik zit hier helemaal verkeerd! Terug, verder graven!’

De waarschuwing daarbij van de Amerikaanse appelrechter Kozinski mag niet onvermeld blijven⁴⁹: *If you as a judge, find yourself too happy with the result in a case, stop and think. Is that result justified by the law, fairly and honestly applied to the facts? Or is it merely a bit of self-indulgence?* Evenwichtsgevoel en juridisch inzicht (dat boven kennis van wet en jurisprudentie uitstijgt) moeten hier hand in hand gaan.

Dat is het eerste wat ook gespecialiseerde rechters in huis moeten hebben. De rest zoekt de rechter naderhand wel op of anders doet een ter zake kundige, desgewenst gespecialiseerde juridische medewerker dat wel. Als de rechter zich op een bepaald terrein niet als een vis in het water voelt, neemt hij zo iemand mee als zittingsgriffier.

Communiceren en beslissen

Rechtspraak is een op luisteren, reflecteren en responderen gebaseerde evenwichtskunst die burgers moet overtuigen. Uiteindelijk draait alles om het communiceren met mensen van allerlei slag: luisteren, maar niet te lang; en niet open vragen blijven stellen, maar ook doelgericht en indringend doorvragen; en *to the point* blijven en steeds kort en krachtig reageren. En *last but not least*: knopen niet eindeloos ontwarren maar doorhakken en het hoe en waarom daarvan uitleggen.

Dat geldt allemaal ook voor een arbiter, maar rechtspreken als door de overheid benoemde rechter houdt meer in. Niet alleen vereist rechtspraak een andere attitude dan die van advocaten of griffiers, maar ook een ander plichtsbesef en ethiek. Ik citeerde conclusion VI van Opinion 15 al: *The rules of ethics [...] must be the same for all (judges).*

10 Staatsraison

De van overheidswege benoemde rechter beseft dat hij meer is dan een scheidsrechter of arbiter en dat hij deel uitmaakt van de door Machiavelli en Hobbes ontwikkelde staatsraison: het bieden van veiligheid en vrijheid⁵⁰ aan de burger, waarbij de rechterlijke macht de door Montesquieu voorgestane matigende rol in het politieke machtsspel en dat tussen (groepen) burgers speelt. Een bestuursrechter voelt zich soms eerder uitgedaagd tot de bescherming van de rechten van de burger, een strafrechter tot bescherming van diens veiligheid, maar ze moeten elkaar steunen op zoek naar dezelfde balans. Een en ander resulteert in een denken in termen en beginselen van grondwettelijk bestel

49 Alex Kozinski, ‘What I ate for breakfast and other mysteries about judicial decision making’ (1993), in: David M. O’Brien, (red.), *Judges on judging – views from the bench*, Washington DC 2009, p. 101.

50 Ik heb dan ook niet zo’n moeite met de nieuwe naam van het ministerie van Veiligheid en Justitie, al zouden minister Opstelten en staatssecretaris Teeven er – geïnspireerd door hun collegae in Italië en geheel in de geest van de klassieke bestuurlijke deugd grootmoedigheid – wel een drieslag van moeten maken door de toevoeging aan het slot van de woorden: en Gratie.

en recht⁵¹ en een keuzes makend en verzoenend handelen dat meer omvat dan wel of niet feiten bewezen achten, dan rechtsvorming en verdere detaillering van steeds specifiekere wordende rechtsgebieden en meer dan systematisering van daarop weer bestaande uitzonderingen maar dat een voorbeeld vormt voor burgers en politici in hun onderlinge betrekkingen. Dit geldt ook voor de civiele rechters in afwijking van de arbiter die slechts een geschil tussen burgers beslecht: ook hun beschikbaarheid, efficiency en effectiviteit⁵² dragen bij aan de rechtsvrede. Specialisten mogen zich hiervan niet laten losweken en afleiden door de oogkleppen die ketenpartners met heel andere belangen en verantwoordelijkheden hun proberen op te zetten.

Loyaliteit en geloofwaardigheid

Deze positie brengt ook mee dat het niet de taak van de bestuursrechter is om het functioneren van de overheid te bemoeilijken, maar dit te verbeteren. Steeds zijn rechters zich ook bewust van hun gebrekkige democratische legitimatie, eens te meer in een land zonder noemenswaardige lekenrechtspraak.⁵³ Dit heeft traditioneel in Nederland de vrees opgeroepen dat rechters niet weten wat er in het leven van gewone burgers omgaat – reden waarom de ontslaggronden in artikel 46-c van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren rechters eraan herinneren dat zij het maatschappelijk vertrouwen niet mogen schaden: het alles overstijgende belang, in het teken waarvan de discussie over specialisatie behoort te staan blijkens par. 18 van Opinion 15.

Ook voor de omgang met de feiten en het recht heeft deze ambtelijke positie van de rechter gevolgen: hij moet wel geloofwaardig blijven. Omdat de strafrechter de vergeldingsdrang van slachtoffers voor zijn rekening neemt, zal hij de lat voor het bewijs niet *per se* op dezelfde hoogte leggen als in andere (natuur)wetenschappelijke of statistische wetenschappen gebruikelijk is,⁵⁴ terwijl hij zich anderzijds realiseert dat de leedtoevoeging en soms zelfs vrijheidsbeneming die aan bestraffing inherent is, vereist dat redelijke twijfel tot vrijspraak moet leiden. In het strafrecht zijn de gevolgen van een bewezenverklaring immers ingrijpender dan in het civiele recht, maar als we de lat anderzijds weer zo hoog leggen dat iedereen vrijgesproken wordt, is de eigenrichting terug. Rechterlijke waarheidsvinding wordt dus gestuurd door het doel ervan; in het civiele recht moet de rechter zijn nieuwsgierigheid soms bedwingen uit respect voor de contractsvrijheid.

51 Zie de in de rechterlijke eed (opgenomen in de eerste bijlage als bedoeld in artikel 5-g, lid 1 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren) beloofde loyaliteit aan beide.

52 Op advies van de CCJE expliciet als rechterlijke verantwoordelijkheden benoemd in de nieuwe Recommendation R (2010) 12 van het comité van justitieministers van de Raad van Europa, artt. 30, 31, 34, 37, 41, 42 en 62.

53 De enige juridische leken die aan de rechtspraak deelnemen zijn specialisten in andere kennis- en behandelingsgebieden, hoewel Conclusion IX van Opinion 15 er de voorkeur aan geeft dat ‘*experts be appointed by the court or the parties and their opinions be subject to challenges and submissions by the parties*’. Zie ook de paragrafen 22, 33 en 68 van Opinion 15.

54 Dit – wat Dooyeweerd zou noemen – juridische aspect van de waarheidsvinding wordt over het hoofd gezien als Ton Derksen in zijn boek *De ware toedracht – praktische wetenschapsfilosofie voor waarheidzoekers*, Diemen 2010, de juristen vertrouwde cognitieve geslotenheid kritiseert. De strafrechter is nu eenmaal aan handen en voeten gebonden door strafvorderlijke eisen en de telastelegging, terwijl de noodzaak om lynchpartijen tegen te gaan ertoe noopt met geringer bewijs genoeg te nemen dan in het laboratorium gebruikelijk is; de civiele rechter moet feiten voor zoete koek slikken als partijen de (contractuele) vrijheid hebben om samen zelf te beschikken over de rechtsgevolgen ervan. En voor bestuursrechters staat de waarheid vooral op papier.

11 Conclusie

Overheidsrechters dienen in beginsel voor alle zaken die burgers aan hun college voorleggen, beschikbaar te zijn, dat wil zeggen voor de oplossing ervan. Daarbij dienen zij efficiënt en effectief te opereren en weerstand te bieden aan de aandrang om nodeloos bij te dragen aan de rechtsontwikkeling. In een specialistische omgeving valt die neiging moeilijker te weerstaan.

Om toch aan de soms gevoelde noodzaak tot specialisatie tegemoet te komen, moet de oplossing dus als het maar even kan niet in levenslange opsluiting van rechters in een *niche* van de rechtbank of zelfs een afzonderlijk daartoe gevormd college gezocht worden, maar in de *mobility, flexibility and versatility* van generalistische rechters die *l'art de juger* cultiveren en zich ervan bewust zijn dat hun functie is ingegeven door de staatsraison; laat hun staf zich maar specialiseren.

Graag geef ik deze gedachten mee aan Dick Lubach, zelf een sprekend voorbeeld van een brede blik. De afgelopen jaren vormden we samen de jury voor de toekenning van een door een Duits en een Oost-Nederlands advocatenkantoor uitgeloopte prijs voor in meerdere opzichten grensoverschrijdende scripties. De laatste keer plaatsten we onafhankelijk van elkaar een tweetal strafrechtelijke scripties bovenaan.

Ik ben benieuwd of zo'n generalist de gedachte van een rechterlijk college voor bouwzaken⁵⁵ wel kan bekoren. Hopelijk heb ik bij deze voldoende munitie aangedragen om dat nog eens te heroverwegen.

55 L.C. van den Berg, 'Bouwrecht en de burgerlijke rechter', *TBR* 2013, nr. 12, p. 1124.

23 Titel 8.4 Awb: verdwenen, gebleven en nieuwe problemen

Kars de Graaf, Bert Marseille & Derek Sietses

1 Inleiding

Zeven jaar geleden verscheen het Voorontwerp Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.¹ Aanleiding voor dat voorontwerp in 2007 was onder meer de onvrede over de bestaande procedures en de rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter bij het verkrijgen van schadevergoeding in het bestuursrecht. Het verschijnen van het voorontwerp leidde tot uitvoerige beschouwingen over de vraag of de voorgestelde regeling een verrijking voor het bestuursrecht zou betekenen.² De meningen waren verdeeld. In de zomer van 2013, de zomer waarin Dick Lubach de leeftijd van 65 bereikte, trad het onderdeel van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten dat op schadevergoeding voor onrechtmatig handelen van de overheid ziet, in werking.³ Nu de Awb daarmee is voorzien van een bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure voor onrechtmatig handelen door bestuursorganen, is de vraag of dat een goed of slecht idee was niet meer zo relevant. Des te relevanter is de vraag wat de regeling de gebruikers daarvan feitelijk te bieden heeft. Welke mogelijkheden biedt titel 8.4 Awb degene die schade heeft geleden door overheidshandelen en die vergoed hoopt te krijgen?

In deze bijdrage beantwoorden we die vraag in drie stappen. We nemen daarbij als ijkpunt, de problemen die aanleiding vormden voor de wetswijziging enerzijds en de inhoud van de titel 8.4 Awb anderzijds. Uitgaande daarvan stellen we ons drie vragen: welke van de problemen die aanleiding vormden voor het Voorontwerp zijn verdwenen, welke zijn gebleven en welke problemen heeft de nieuwe regeling gecreëerd? Voor het beantwoorden van de derde vraag (in paragraaf 5) nemen we wat meer tijd dan voor de beantwoording van de eerste twee (in paragraaf 4). In paragraaf 2 memoreren we kort de problemen die aanleiding vormden voor de wetswijziging. De schaderegeling zoals

1 Het 'Voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten' van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad van mei 2007 is op het internet te vinden.

2 R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten', *Gst.* 2007/113 (afl. 7281), p. 503-517; B.J. Schueler, 'De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp Schadevergoeding', *NTB* 2007/38; G.C.W. van der Feltz, 'Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad', *BR* 2007, p. 846 e.v.; J.E. Hoitink & M.B. Koetsier, 'Nadeelcompensatie: waarom, wanneer en hoeveel? Voorontwerp Studiegroep Schadevergoeding biedt rechtspraktijk onvoldoende houvast', *NTB* 2007/44.

3 *Stb.* 2013, 50 (wet) en *Stb.* 2013, 162 (inwerkingtreding).

die sinds 1 juli 2013 geldt, beschrijven we kort in paragraaf 3. We sluiten in paragraaf 6 af met enkele concluderende opmerkingen.

2 Zes problemen die aanleiding vormden voor de wetswijziging

Een wetswijziging veronderstelt een probleem waar de wijziging een oplossing voor beoogt te bieden. Welke problemen hebben de wetgever er toe gebracht de regeling betreffende het verkrijgen van schadevergoeding als gevolg onrechtmatig overheidshandelen in de Awb te wijzigen? We noemen de zes meest in het oog springende problemen.

Probleem 1) Vernietiging als noodzakelijke voorwaarde voor schadevergoeding

Als schade is geleden ten gevolge van een bij de bestuursrechter appellabel besluit, vormde de herroeping (door het bestuur in reactie op een bezwaarschrift) of de vernietiging (door de rechter in reactie op een beroepschrift) van dat besluit een noodzakelijke voorwaarde voor het verkrijgen van schadevergoeding. Deze door burgerlijke rechter en bestuursrechter gestelde voorwaarde kan een formidabele belemmering vormen voor het honoreren van op zichzelf gerechtvaardigde schadevergoedingsclaims. Immers, wordt het schadeveroorzakende besluit niet herroepen of vernietigd, omdat er geen rechtsmiddelen tegen zijn aangewend, dan wordt het – vanwege het leerstuk van de formele rechtskracht – geacht rechtmatig te zijn. In dat geval is het verkrijgen van schadevergoeding zo goed als uitgesloten.⁴

Probleem 2) Keuzevrijheid tussen de civiele en de bestuursrechter

Een geschil over de vergoeding van schade die het gevolg is van een door de bestuursrechter vernietigd appellabel besluit, kon naar keuze worden voorgelegd aan de burgerlijke of aan de bestuursrechter. Die keuzevrijheid betekende een uitzondering op de hoofdregel dat één rechter bij uitsluiting kan oordelen over een geschil.

Probleem 3) Niet elk schadegechil kon bij slechts één rechter aanhangig worden gemaakt

Was de oorzaak van de schade deels is gelegen in een bij de bestuursrechter appellabel besluit, deels in andere onrechtmatige niet-appellabele handelingen van het bestuur, dan kon een schadevergoedingsclaim niet in zijn geheel aan de bestuursrechter worden voorgelegd, maar moest ook de burgerlijke rechter worden benaderd.

Probleem 4) Beoordeling zelfstandig schadebesluit alleen op voorwaarde van tijdig beroep

Voor zover de reactie van het bestuur op een verzoek om schadevergoeding viel aan te merken als een appellabel zelfstandig schadebesluit,⁵ kon daarover slechts een oordeel

4 Zie daarover L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: BJu 2013, p. 423 e.v.

5 Als voldaan was aan de materiële en processuele connexiteit zoals door de Afdeling uiteengezet in de bekende Van Vlodrop-uitspraak, ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. Van Buuren.

van de bestuursrechter worden verkregen, als tegen dat zelfstandig schadebesluit tijdig bezwaar en beroep was ingesteld.

Probleem 5) Uitspraak bestuursrechter geen garantie voor definitief oordeel

De uitspraak van de bestuursrechter op een beroep tegen een appellabel zelfstandig schadebesluit hield niet steeds een definitief oordeel in over de hoogte van de schadevergoeding. Het kon ook – slechts – de vernietiging van het zelfstandig schadebesluit inhouden, met de opdracht aan het bestuur om een nieuw besluit te nemen. In dat geval was geen sprake van definitieve beslechting van het geschil over de geleden schade.

Probleem 6) Verzoeken ex artikel 8:73 Awb (oud) geen garantie voor duidelijk oordeel

Als de bestuursrechter het beroep gegrond verklaarde en tevens een beslissing nam over het accessoire schadevergoedingsverzoek ex artikel 8:73 Awb, hield die beslissing bijna nooit een definitief oordeel in over de schadeclaim, omdat nog onduidelijk was of sprake was van causaal verband tussen de schade en het vernietigde besluit,⁶ dan wel of voldaan was aan de relativiteitseis.⁷ Bovendien bood artikel 8:73 Awb geen uitkomst bij herroeping van het primaire besluit door het bestuur, bij intrekking van de beslissing op bezwaar en bij erkenning van de onrechtmatigheid van het besluit.

3 De inhoud van titel 8.4 Awb

In hoeverre maakt de regeling van titel 8.4 Awb aan al die problemen een eind? En in hoeverre zorgt die voor nieuwe problemen? Voordat we ingaan op die vragen, eerst kort iets over de inhoud van titel 8.4.

Titel 8.4 Awb bevat acht bepalingen. De belangrijkste zijn de artikelen 8:88, 8:89, 8:90 en 8:91 Awb. In artikel 8:88 Awb is onder meer bepaald dat de bestuursrechter bevoegd is op verzoek van een belanghebbende een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade die hij lijdt of zal lijden als gevolg van een onrechtmatig besluit, een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit of het niet tijdig nemen van een besluit. Het eerste lid van artikel 8:90 Awb bepaalt dat het verzoek schriftelijk wordt ingediend bij de bestuursrechter die bevoegd is kennis te nemen van het beroep tegen het besluit. Het tweede lid stelt als voorwaarde dat de belanghebbende ten minste acht weken vóór het indienen van zijn verzoekschrift schriftelijk om vergoeding van de schade heeft gevraagd. Wie schade heeft geleden als gevolg van een onrechtmatig besluit of van een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van zo'n besluit, kan op elk gewenst moment de bestuursrechter vragen het betreffende bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding daarvan. Enige voorwaarde is dat de verzoeker ten

6 Het causaal verband is wel aannemelijk, tenzij het bestuursorgaan kan aantonen dat het ook – op hetzelfde moment en onder dezelfde voorwaarden – een rechtmatig besluit had kunnen nemen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad, zie ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst.* 2005/75 en ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586, *JB* 2005/58, m.nt. Schlössels, *AB* 2005/54, m.nt. De Gier, *Gst.* 2005/74.

7 ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009/42, m.nt. Albers, *USZ* 2009/75, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *AB* 2009/213, m.nt. Van Ravels & A.M.L. Jansen, *Gst.* 2009/13, m.nt. Teunissen.

minste acht weken voordat hij zich tot de bestuursrechter wendt het bestuursorgaan om schadevergoeding heeft verzocht.⁸

Artikel 8:89 Awb betreft een belangrijke uitzondering op het uitgangspunt dat de gelaedeerde zich met zijn verzoek moet wenden tot de bestuursrechter die bevoegd is te oordelen over het besluit dat de schade heeft veroorzaakt. Het bepaalt weliswaar dat als de schade wordt veroorzaakt door een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt, de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd is, maar tevens dat in de overige gevallen de bestuursrechter – de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State of het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) – bevoegd is voor zover de gevraagde vergoeding ten hoogste € 25.000 bedraagt en dat de bestuursrechter in die gevallen niet bevoegd is indien de belanghebbende het verzoek heeft ingediend nadat hij ter zake van de schade een geding bij de burgerlijke rechter aanhangig heeft gemaakt. Met andere woorden: betreft het geschil een besluit waarover de Afdeling bestuursrechtspraak of het CBB in eerste of hoogste aanleg oordeelt, dan kan de gelaedeerde kiezen tussen de bestuursrechter en de civiele rechter als de claim ten hoogste € 25.000 bedraagt, maar moet hij zich tot de civiele rechter wenden als zijn claim meer dan € 25.000 bedraagt.

Artikel 8:91 Awb ten slotte maakt het mogelijk om, in plaats van dat het verzoek wordt gedaan na afloop van de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit, het verzoek – zonder de verplichting om griffierecht te betalen – te doen gedurende de bestuursrechtelijke (hoger)beroepsprocedure tegen dat besluit. Spreekt de rechter uit dat het besluit onrechtmatig is, dan neemt hij tevens een beslissing op het ingediende verzoekschrift.

4 Verdwenen en gebleven problemen

Welke van de zes problemen die aanleiding waren voor wijziging van de schadeprocedure in de Awb zijn verdwenen, welke zijn gebleven?

Probleem 1) gebleven

Bij schade als gevolg van een bij de bestuursrechter appellabel besluit, vormt de herroeping of vernietiging van dat besluit nog steeds een noodzakelijke voorwaarde voor het verkrijgen van schadevergoeding. De gewijzigde schaderegeling heeft niets veranderd aan de belemmering die de formele rechtskracht vormt voor het verkrijgen van schadevergoeding.

Probleem 2) deels verdwenen, deels gebleven

Het probleem van de keuzevrijheid is deels verdwenen, deels gebleven. Voor de overgrote meerderheid van de bij de bestuursrechter appellabele besluiten geldt dat een geschil over de als gevolg van dat besluit geleden schade nog maar aan één rechter kan worden voorgelegd. Voor een bepaalde categorie schadeclaims (die van ten hoogste € 25.000,

8 Het is niet helemaal de enige voorwaarde; de gelaedeerde moet ook voor het verstrijken van de algemene verjaringstermijn in actie komen.

betreffende besluiten waarover de ABRvS of het CBb in hoogste instantie oordeelt) bestaat echter nog steeds keuzevrijheid.

Probleem 3) verdwenen

De bestuursrechter kan, anders dan voorheen, oordelen over de schade die is veroorzaakt door onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een besluit. Voorwaarde is wel dat van het besluit zelf moet zijn vastgesteld dat het onrechtmatig is. Is dat het geval, dan is het niet meer nodig om, als het bestuursorgaan niet bereid is de schade te vergoeden die is geleden door het onrechtmatige besluit en door handelingen ter voorbereiding daarvan, bij twee verschillende rechters te procederen.

Probleem 4) verdwenen

Als in het verleden de discussie tussen bestuur en burger over schade resulteerde in een zelfstandig schadebesluit waar de betrokkene het niet mee eens was, moest die er op bedacht zijn dat hij daartegen tijdig bezwaar (en eventueel in het vervolg daarop beroep) instelde. De enige termijn die een gelaedeerde nu nog in de weg kan zitten is de verjaaringstermijn, maar die bedraagt vijf jaar in plaats van zes weken. Voor het overige is hij voor het indienen van een verzoek bij de rechter niet aan termijnen gebonden.

Probleem 5) verdwenen, maar...

Een beroep tegen een zelfstandig schadebesluit resulteerde niet per definitie in een uitspraak die partijen een antwoord gaf op de vraag of en zo ja hoeveel schade het bestuur diende te vergoeden. Een verzoek in het kader van de schadeverzoekschriftprocedure heeft wel dat resultaat. Ter relativering merken we op dat het voor de bestuursrechter ook in de oude situatie al goed mogelijk was – door toepassing van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien – op het beroep tegen een zelfstandig schadebesluit een beslissing te nemen die partijen duidelijkheid bood over de vraag of en zo ja, hoeveel schade het bestuur diende te vergoeden.⁹

Probleem 6) gebleven

Waar tot 1 juli 2013 artikel 8:73 Awb de mogelijkheid bood gedurende de procedure bij de bestuursrechter een verzoek om schadevergoeding te doen, biedt de huidige regeling, vanwege artikel 8:91 Awb, precies dezelfde mogelijkheid. Waar de rechter onder de oude regeling de mogelijkheid had een beslissing op het 8:73-verzoek aan te houden, bijvoorbeeld omdat nog onduidelijk was of sprake was van causaal verband tussen de schade en het vernietigde besluit, zal de bestuursrechter onder de nieuwe regeling het verzoek uiteindelijk moeten afwijzen omdat hij de hoogte van de schade nog niet kan vaststellen. Het achterliggende probleem, dat met de vernietiging van het bestreden besluit nog niet altijd duidelijk is of de geleden schade voor vergoeding in aanmerking kan komen, bestaat ondanks de nieuwe regeling nog steeds.

Al met al lijkt de balans voorlopig gematigd positief. Twee problemen zijn verdwenen, twee zijn gebleven, bij twee is het verhaal genuanceerd. Dat brengt ons bij problemen

9 Overigens levert in de nieuwe situatie de toewijzing – anders dan voorafgaand aan de wijziging het zelf in de zaak voorzien – een executoriale titel op.

die nog niet bestonden toen er nog geen titel 8.4 bestond, maar inmiddels wel. We noemen er drie.

5 Drie nieuw problemen

Dat de nieuwe regeling in titel 8.4 Awb voor enkele problemen een oplossing heeft gebracht en de balans daardoor gematigd positief doet uitslaan, betekent niet dat de regeling direct een succes genoemd kan worden. Daarvoor is ook van belang of door de regeling weer andere, nieuwe problemen ontstaan.¹⁰ Wij bespreken er in deze paragraaf drie.

5.1 De reactie op een verzoek om schadevergoeding is nog altijd een besluit

Een eerste nieuw probleem betreft de reactie van het bestuur op een verzoek om de schade te vergoeden. Vroeger kon de gelaedeerde, nadat de bestuursrechter het besluit waar hij beroep tegen had ingesteld, had vernietigd, zich tot het bestuursorgaan wenden met het verzoek de door dat besluit veroorzaakte schade te vergoeden. De reactie op zo'n verzoek was een besluit, waartegen bezwaar en beroep mogelijk was. In het bestuursrechtelijke jargon werd de reactie een 'zelfstandig schadebesluit' genoemd.

Kern van de nieuwe regeling is dat de bestuursrechter kan worden benaderd zonder dat daarvoor een besluit van het bestuursorgaan nodig is waarin wordt beslist over de eigen aansprakelijkheid. De enige voorwaarde waaraan de gelaedeerde moet voldoen, is dat hij het bestuur schriftelijk vraagt om vergoeding van de schade en vervolgens ten minste acht weken wacht op een eventuele reactie van het bestuur, voordat hij de bestuursrechter benadert.

Het bestuur is niet verplicht schriftelijk te reageren op het verzoek. Doet het dat wel, dan is de vraag hoe die reactie valt te kwalificeren. Is het een besluit? Afgaande op de jurisprudentie van de bestuursrechter wel. Immers, het betreft een reactie van een bestuursorgaan op een verzoek van een belanghebbende om vergoeding van schade die is veroorzaakt in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Zo'n reactie is een besluit. Is dat besluit appellabel? Nee, want artikel 8:4 lid 1 aanhef en onder f Awb bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit inzake vergoeding van schade wegens onrechtmatig bestuurshandelen. Dat het besluit niet appellabel is, doet er niet aan af dat het bestuur bij de voorbereiding ervan wel is gebonden aan de Awb-normen die voor besluiten gelden. Zo moet het besluit zorgvuldig worden voorbereid en moet het bestuur de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen.

In verreweg de meeste gevallen zal het besluit een beschikking zijn. De 'vraag' waarover artikel 8:90 lid 2 Awb het heeft, is te kwalificeren als een aanvraag om een beschikking. Met zijn vraag verzoekt de gelaedeerde het bestuur een beslissing te nemen over het vergoeden van schade en dus om een zelfstandig schadebesluit te nemen, zijnde een beschikking, omdat het een besluit is dat niet van algemene strekking is (art. 1:3 lid 2

10 Zie daarover ook het in dit verband zeer lezenswaardige B.J. Schueler & B.J. van Etteken, 'De "losse eindjes" van Titel 8.4 Awb', *NTB* 2013/34.

Awb). Is sprake van een beschikking, dan zijn nog meer Awb-bepalingen van toepassing, waaronder ook die van paragraaf 4.1.3.2 Awb, over de dwangsom bij niet tijdig beslissen. De dwangsom-regeling is van toepassing op situaties waarin het bestuur verzuimt tijdig een besluit te nemen op een aanvraag. Van belang is dat toepassing van die regeling niet expliciet is uitgesloten voor gevallen waarin tegen de betreffende beschikking geen beroep openstaat.

Als het bestuur niet binnen de beslistermijn (ingevolge art. 4:13 Awb hoogstwaarschijnlijk acht weken) reageert op het verzoek om schadevergoeding, kan het derhalve – na schriftelijke ingebrekestelling en twee weken wachttijd – een dwangsom verbeuren. Een vraag van een gelaedeerde aan het bestuur om schadevergoeding kan op die manier een dubbele functie vervullen. In de eerste plaats de door de wetgever beoogde functie als toegangsbewijs voor de schadeverzoekschriftprocedure. In de tweede plaats kan het dienen als startpunt voor een poging van de gelaedeerde om dwangsommen te innen die het bestuur verbeurt als dat niet tijdig beslist.

We gaan ervan uit dat de wetgever het niet zo heeft bedoeld, en vermoeden dat de rechter om die reden niet bereid zal zijn om de dwangsom-regeling toe te passen op het uitblijven van besluiten op verzoeken om schadevergoeding voorafgaand aan een mogelijke schadeverzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. Reden voor een dergelijk oordeel kan zijn dat geen bezwaar en beroep openstaat tegen een dergelijke reactie, dat het systeem van de Awb met zich brengt dat enkel een verzoekschrift kan worden ingediend nadat het aansprakelijk gestelde bestuursorgaan acht weken heeft stilgezeten en/of dat de regeling betreffende de redelijke beslistermijn in dit soort gevallen anders uitpakt. De rechter zal op grond daarvan kunnen redeneren dat de ratio van de verplichting het bestuur te vragen om schadevergoeding voordat de rechter wordt benaderd, is dat het bestuur de kans moet hebben met de gelaedeerde in gesprek te gaan over zijn schadeclaim. Heeft het bestuur daar om wat voor reden geen behoefte aan, dan biedt de regeling de gelaedeerde een gemakkelijke toegang tot de rechter. Zo bezien is het ongerijmd dat het bestuur indirect, vanwege de dreiging van een dwangsom, gedwongen zou kunnen worden te reageren op de vraag om schadevergoeding.

Maar aan de andere kant is niet gezegd dat iedere gelaedeerde het liefst zo snel mogelijk naar de bestuursrechter wil. De reden dat een gelaedeerde het bestuur vraagt om schadevergoeding kan zijn dat hij wil voldoen aan het formele vereiste om toegang tot de rechter te krijgen. Denkbaar is echter dat hij liever tot overeenstemming komt met het bestuur dan dat hij een verzoekschriftprocedure bij de rechter start. Denkbaar is voorts dat hij helemaal niet aan de mogelijkheid van een schadeverzoekschriftprocedure bij de rechter denkt, maar ‘gewoon’ een vraag aan het bestuur voorlegt en hoopt op een antwoord. Anders gezegd: niet ieder verzoek om schadevergoeding aan het bestuursorgaan is een verzoek in de zin van artikel 8:90 lid 2 Awb. Waarom zou het bestuur dan niet verplicht zijn om er tijdig op te reageren?

5.2 De competentiegrenzen zijn niet waterdicht

Een tweede nieuw probleem heeft te maken met het feit dat de hoogte van de vordering bepalend kan zijn voor de rechter tot wie een benadeelde zich met zijn schadeverzoek moet of mag wenden. Bedraagt een schadevordering ten hoogste € 25.000 en is de Afdeling of het CBB de instantie die in hoogste instantie over het schadeveroorzakende

besluit kon oordelen, dan heeft de betrokkene de keuze. Hij kan kiezen of hij de burgerlijke rechter of de bestuursrechter benadert met een schadevergoedingsverzoek. Hier bestaat dus nog steeds een gedeelde rechtsmacht. Stel nu dat de volgende situatie zich voordoet.

Iemand heeft schade geleden door een besluit waarover de Afdeling in hoogste instantie bevoegd is te oordelen. Het besluit wordt vernietigd. Vervolgens start de gelaedeerde een schadevergoedingsprocedure. De schade is € 50.000. De gelaedeerde vordert € 25.000 bij de bestuursrechter. De overige € 25.000 wil hij pas later vorderen bij de burgerlijke rechter, als blijkt dat het verzoek bij de bestuursrechter wordt toegewezen.

Het voorbeeld roept de vraag op of het mogelijk is om als benadeelde – wanneer de bestuursrechter tot aan € 25.000 bevoegd is – een verzoek in te dienen bij de bestuursrechter tot het vergoeden van schade tot het competentiebedrag en na de bestuursrechtelijke procedure nog een vordering in te stellen bij de burgerlijke rechter voor de resterende schade.

Artikel 8:89 lid 3 Awb bepaalt dat de bestuursrechter niet meer kan worden benaderd met een schadevordering wanneer de belanghebbende diezelfde vordering reeds bij de burgerlijke rechter aanhangig heeft gemaakt. Anders gezegd: wanneer je eenmaal de civiele weg hebt gekozen, kun je niet meer kiezen voor het bestuursrechtelijke spoor. De casus is echter een andere. Eerst wordt de bestuursrechter benaderd, daarna pas de burgerlijke rechter. Daarover bepaalt artikel 8:89 lid 4 Awb dat zolang het verzoek aanhangig is bij de bestuursrechter, de burgerlijke rechter een vordering tot vergoeding van de schade niet-ontvankelijk zal verklaren. Ook dit artikel leidt tot een duidelijke slotsom: gelijktijdige procedures bij de bestuursrechter en de burgerlijke over dezelfde schade zijn uitgesloten. Echter, in de casus ligt het nog een slag anders: de burgerlijke rechter wordt benaderd (voor de resterende € 25.000) *nadat* de bestuursrechter het verzoek (om toekenning van de eerste € 25.000) heeft toegewezen.

Eerst naar de bestuursrechter, daarna de burgerlijke rechter

Als we ons beperken tot de vraag of de bestuursrechter over een dergelijk verzoek moet oordelen, dan is van belang dat in de tekst van de Awb niet over die situatie wordt geïmagineerd. De tekst van artikel 8:89 Awb sluit niet uit dat een schadevordering deels aan de bestuursrechter, deels aan de civiele rechter wordt voorgelegd. Artikel 8:89 lid 2 Awb bepaalt namelijk dat voor zover de *gevraagde vergoeding* ten hoogste niet meer bedraagt dan € 25.000, de bestuursrechter bevoegd is. Het gaat dus, met andere woorden, om de gevraagde vergoeding en niet om de daadwerkelijke schade. Het lijkt derhalve mogelijk – in de situatie dat de gelaedeerde keuzevrijheid heeft – eerst de bestuursrechter te benaderen voor schade tot aan € 25.000 en vervolgens de burgerlijke rechter voor de rest van de schade. Het hoeft dus niet enkel de situatie te betreffen waarin een verzoek onder de € 25.000 wordt ingediend bij de bestuursrechter en de burgerlijke rechter slechts aan bod komt voor de restschade, wanneer de vordering uiteindelijk hoger uitvalt.¹¹ Het kan voor de gelaedeerde aantrekkelijk zijn de hierboven geschetste route te volgen. Bij de bestuursrechter kan worden geprocedeerd zonder gespecialiseerde rechtsbijstand. Bovendien kan het verzoek hangende de beroepsprocedure worden ingediend.

11 En dat is wel de enige situatie die de memorie van toelichting voor ogen heeft, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 39.

Hierdoor kan tegen relatief lage kosten een oordeel worden verkregen over de vraag of het onrechtmatige besluit al dan niet leidt tot schadevergoeding. Met dit oordeel in de hand kan het risico dat de procedure bij de burgerlijke rechter geen succes heeft, worden verkleind. De memorie van toelichting stelt daarover weinig concreet en onvoldoende specifiek: 'Aan het oordeel van de bestuursrechter over de bij hem gevorderde schade is de burgerlijke rechter dan wel gebonden.'¹²

Meerdere keren een vordering tot aan € 25.000 indienen bij de bestuursrechter?

In plaats van de gang naar de burgerlijke rechter te maken, nadat de vordering tot aan € 25.000 door de bestuursrechter is toegewezen, is het voor een benadeelde wellicht nog aantrekkelijker om, in plaats van de burgerlijke rechter, de bestuursrechter te benaderen voor de restschade. Het is de vraag of dat mogelijk is. We illustreren het weer aan de hand van een casus.

De schade die de gelaedeerde door het vernietigde besluit heeft geleden bedraagt € 50.000. Hij krijgt de eerste € 25.000 vergoed in een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. Vervolgens wil hij ook de 'restschade' vergoed krijgen. Hij start opnieuw een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter, opnieuw voor een bedrag van € 25.000. Is dat mogelijk?

Wij denken dat de wet zich niet tegen deze mogelijkheid verzet. De Awb verbiedt niet expliciet dat een vordering van meer dan € 25.000 wordt gesplitst in meerdere vorderingen van maximaal € 25.000. Dat opent de mogelijkheid de bestuursrechter meerdere keren een vordering van € 25.000 voor te leggen. Artikel 8:89 lid 2 Awb bepaalt immers dat voor zover de *gevraagde vergoeding* niet meer dan € 25.000 bedraagt, de bestuursrechter bevoegd is. Met andere woorden: ter zake van elk verzoek van maximaal € 25.000 is de bestuursrechter bevoegd. De wet maakt geen koppeling met de daadwerkelijke schade.

Aangenomen dat deze constructie niet door de wetgever gewild is, had hij zich bij titel 8.4 Awb kunnen laten inspireren door het burgerlijk procesrecht. Daar is immers bij de competentiegrens van de sector kanton een vergelijkbare situatie aan de orde. In het civiele recht geldt in die sector een competentiegrens inzake geldvorderingen van ten hoogste € 25.000.¹³ Bij de kantonrechter kan, net als bij de bestuursrechter, zonder rechtsbijstand worden geprocedeerd. Derhalve zou het ook in het civiele recht handig zijn als een vordering kan worden gesplitst. Wordt een vordering van € 25.005 aanhangig gemaakt bij de kantonrechter, dan *moet* deze blijkens de parlementaire geschiedenis wijzen op de mogelijkheid van eisvermindering als bedoeld in artikel 95 Rv, zodat verwijzing naar sector civiel (met verplichte procesvertegenwoordiging en hogere kosten) kan worden vermeden.¹⁴ Als de eiser zijn oorspronkelijke vordering van boven de competentiegrens uitdrukkelijk beperkt tot een bedrag dat de competentiegrens niet overschrijdt én afstand doet van het meerdere, is de kantonrechter bevoegd.¹⁵ Met an-

12 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49.

13 Artikel 93 eerste en tweede lid Rv.

14 A.I.M. van Mierlo & F.M. Bart, *Herziening burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 648.

15 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 111.

dere woorden: bepalend voor de bevoegdheid van de kantonrechter is – net als bij de bestuursrechter – de eis (bij de bestuursrechter: het verzoek), niet de daadwerkelijke schade.

Het grote verschil is echter dat het burgerlijk recht speciale competentieregels kent voor cumulatie van vorderingen. Artikel 94 lid 1 Rv luidt als volgt:

‘Indien een zaak meer dan één vordering als bedoeld in artikel 93 onder a en b betreft, is voor de toepassing van dat artikel beslissend het totale beloop of de totale waarde van deze vorderingen.’

De ratio van dit artikel is duidelijk: samenhangende vorderingen moeten zo veel mogelijk door één rechter worden behandeld.¹⁶ Dit betekent dat een vordering van boven de competentiegrens van de kantonrechter niet door middel van splitsing van die vordering aan de kantonrechter kan worden voorgelegd. Schadeclaims van meer dan € 25.000 moeten worden voorgelegd aan de rechtbank, sector civiel.¹⁷

Uit artikel 94 lid 1 Rv volgt dat een vordering in beginsel niet kan worden gesplitst in meerdere kleinere vorderingen, zodat enkel de kantonrechter hoeft te worden geraadpleegd. Het bestuursrecht kent niet een soortgelijke regeling. Kan in een verzoekschrift-procedure bij de bestuursrechter deze regel analoog worden toegepast? Van belang is dat de memorie van toelichting niet vermeldt dat artikel 94 Rv analoog van toepassing is in een verzoekschriftprocedure. De wetgever doet dat wel bij het schadebedrag, waarbij expliciet wordt vermeld dat is aangesloten bij artikel 93 Rv.¹⁸ Was het de bedoeling geweest aan te sluiten bij artikel 94 Rv, dan had de wetgever dat expliciet moeten vermelden. We vermoeden dat de wetgever dit is vergeten. Het lijkt er daarom op dat niet geheel is uitgesloten dat een burger meerdere malen een verzoekschriftprocedure kan starten bij de bestuursrechter tot een bedrag van ten hoogste € 25.000, om op die manier de gang naar de burgerlijke rechter te voorkomen. Dit kan voor een burger aantrekkelijk zijn, omdat bij de bestuursrechter immers kan worden geprocedeerd zonder gespecialiseerde rechtsbijstand, waardoor tegen geringere kosten schade vergoed kan worden. Anders dan de wetgever voor ogen stond, worden geschillen over schade van meer dan € 25.000 dan deels of zelfs in hun geheel aan de bestuursrechter voorgelegd. Dat is niet alleen een principieel, maar ook een praktisch probleem. Immers, in plaats van met één procedure over het hele schadebedrag, krijgt de rechter te maken met meerdere procedures naar aanleiding van meerdere kleinere vorderingen.¹⁹

Dit kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever. Reparatiwetgeving lijkt onvermijdelijk. Niettemin moet de bestuursrechter, zolang het duurt, met de bestaande regeling werken. Kan hij beslissen artikel 94 Rv analoog toe te passen? Dat gaat ver, gezien het feit dat in de memorie van toelichting – anders dan bij artikel 93 Rv – geen enkel aanknopingspunt biedt voor een dergelijke keuze. Een andere mogelijkheid is dat een

16 Idem, p. 113.

17 Dit lijdt slechts uitzondering als de eiser zijn oorspronkelijke vordering van boven de competentiegrens uitdrukkelijk beperkt tot een bedrag van niet meer dan € 25.000,- en *afstand doet* van het meerdere. Zie HR 2 juni 1950, NJ 1951/19, m.nt. Hennekens.

18 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49.

19 Wij laten hier de mogelijkheid dat meerdere verzoekschriften worden ingediend voor een bedrag dat (gezaamenlijk) niet boven de € 25.000 komt, rusten.

uitweg wordt gezocht met gebruikmaking van het beginsel van een ‘goede procesorde’. De rechter zou kunnen overwegen dat het splitsen van een vordering daarmee in strijd is of kan zijn. De term goede procesorde wordt dikwijls opgevoerd om de proceseconomie en het ordelijk procederen – toverwoord: efficiency – te bewaken.²⁰ Wellicht is de eenvoudigste oplossing voor dit gebrek in titel 8.4 dat de bestuursrechter de bepaling van de competentie zo uitlegt en interpreteert dat materieel sprake is van analoge toepassing van artikel 94 Rv. Het is afwachten of bestuursrechters daartoe bereid zijn.

5.3 Onzekerheid over de uitspraak: niet-ontvankelijk of afgewezen

Stel, iemand procedeert tot in hoogste instantie tegen een besluit. De appellant wint zijn zaak bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Het besluit wordt vernietigd. Als hij zijn schade vergoed wil hebben, dan is de burgerlijke rechter in de regel bevoegd om daarover te oordelen (art. 8:89 Awb). Echter, is de schade € 25.000 of minder, dan kan de appellant er voor kiezen zijn verzoek voor te leggen aan de Afdeling, zelfs tegelijkertijd met het hoger beroep tegen het schadeveroorzakende besluit (zie art. 8:91 Awb). Maar wat als de Afdeling het verzoek afwijst (art. 8:95 Awb), met als motivering dat het schadevergoedingsverzoek met onvoldoende bescheiden en gegevens is onderbouwd?

Niet ondenkbaar is dat de appellant enige tijd later alsnog de beschikking krijgt over gegevens waaruit de schade uit het onrechtmatige besluit blijkt. Als zijn verzoek aan het bestuursorgaan om vergoeding van de schade wordt afgewezen onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling, kan tegen dat zelfstandig schadebesluit in ieder geval geen beroep worden ingesteld (art. 8:4 lid 1 sub f Awb). Betrof de rechterlijke afwijzing een uitspraak in eerste aanleg, dan was er nog de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan en daar alsnog met relevante bescheiden en gegevens te komen. Omdat het een in hoger beroep gewezen uitspraak betreft, resten de gelaedeerde nog twee mogelijkheden, namelijk (i) opnieuw een verzoekschrift indienen bij de bestuursrechter en (ii) de gang naar de burgerlijke rechter. Voor wat betreft de laatste mogelijkheid merken we volledigheidshalve op dat artikel 8:89 lid 4 Awb de benadeelde uit de casus er niet van kan weerhouden naar de burgerlijke rechter te stappen. Dat artikel bepaalt namelijk dat een belanghebbende niet-ontvankelijk wordt verklaard door de burgerlijke rechter, zolang het verzoek bij de bestuursrechter aanhangig is. Het verzoek is in deze casus niet meer bij de bestuursrechter aanhangig. De cruciale vraag, zowel in het bestuursrechtelijke als in het civielrechtelijke traject, is: hoe beoordeelt de rechter een tweede verzoek?

We kijken eerst hoe de burgerlijke rechter zich in een dergelijke situatie opstelt. De reden waarom de burgerlijke rechter niet opnieuw een vordering zou willen beoordelen, kan allereerst gelegen zijn in het gezag van gewijsde van een eerder, afwijzend vonnis.²¹ In essentie is het leerstuk van het gezag van gewijsde een uitwerking van het adagium *lites fniri oportet*, dat tot uitdrukking brengt dat aan een geding eens een einde moet komen.²² Een beroep op gezag van gewijsde kan worden gedaan indien dezelfde rechtsbetrekking in geschil is, ongeacht welke vordering uit hoofde van die rechtsbetrekking

20 B.W.N. de Waard, ‘De goede procesorde’, *JBplus* 2001, p. 148-162, zie p. 153.

21 Art. 236 Rv.

22 P. Taelman, *Het gezag van rechterlijk gewijsde: een begrippenstudie*, Deventer: Kluwer 2001, p. 16.

geldend wordt gemaakt.²³ De tweede reden is dat een nieuwe procedure kan worden beschouwd als een verkapt appel, hetgeen in strijd is met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. In dat verband wordt ook wel gesproken van een herhalingsverbod.²⁴ Hoe ver strekt dat? Geldt het verbod ook wanneer een vordering is afgewezen wegens een gebrek aan bescheiden en gegevens? Wanneer een vordering niet-ontvankelijk is verklaard, kan met een verbeterde dagvaarding de vordering opnieuw aanhangig worden gemaakt. Op die situatie ziet het herhalingsverbod dus niet. In dat geval is de rechter namelijk niet toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil.²⁵ Ook in de situatie waarin een vordering wel ontvankelijk is, maar wordt afgewezen wegens te geringe onderbouwing, kan de zaak opnieuw in eerste aanleg worden voorgelegd en geldt het herhalingsverbod niet. Dit blijkt uit het arrest *Van Raalte/SH Beheer*.²⁶

Van Raalte vordert een bedrag bij de kantonrechter van circa € 1.000,- (f 2200) van SH Beheer vanwege schade aan haar gebouwen ten gevolge van bouwwerkzaamheden. De kantonrechter heeft de vordering ontzegd. De kantonrechter overweegt daarover het volgende: 'Aan haar vordering tot betaling van f 2200 schadevergoeding heeft eiseres echter te weinig ten grondslag gelegd. Uit haar stellingen valt geen inzicht te putten omtrent de aard der schade, die zij zou hebben geleden, en te minder dan ook nog waarom daarvoor betaling van het gevorderd bedrag op zijn plaats zou zijn.' Met een verbeterde dagvaarding begint Van Raalte (die waarschijnlijk geen zin had in de kosten van hoger beroep, zoals verplichte procesvertegenwoordiging) opnieuw een procedure bij de kantonrechter. Zowel de rechtbank en het Hof oordelen dat dit niet kan: het gezag van gewijsde zou behandeling van de verbeterde vordering tegenhouden. De Hoge Raad oordeelt echter: 'De kantonrechter [heeft] kennelijk beoogd als zijn oordeel tot uitdrukking te brengen dat Van Raalte niet voldoende posita aan haar vordering ten grondslag had gelegd om hem in staat te stellen aangaande de rechtsbetrekking in geschil een beslissing te geven. Derhalve kan niet worden gezegd dat aan de bij zijn vonnis van 27 nov. 1987 uitgesproken ontzegging van de vordering gezag van gewijsde toekomt. Het middel treft dus doel en het vonnis van de rechtbank kan niet in stand blijven.'²⁷

Uit het arrest volgt dat in het burgerlijk procesrecht weliswaar een herhalingsverbod geldt, maar dat men voorzichtig moet zijn met een te rigide toepassing ervan; het verbiedt slechts herbeoordeling van wat al inhoudelijk is beoordeeld.²⁸ Als een vordering wordt afgewezen omdat die onvoldoende is onderbouwd, is van een inhoudelijke beoordeling geen sprake en is er geen beletsel om – met het oog op de ontvankelijkheid – een nieuwe procedure met voldoende onderbouwing²⁹ in eerste aanleg te beginnen. De sanctie voor het 'onhandig procederen' moet niet worden gevonden in het onbehandeld blijven van de vordering, maar in de sfeer van de proceskosten. Als we de reikwijdte van het herhalingsverbod beschouwen in het licht van de casus, kunnen we vaststellen dat

23 HR 18 september 1992, NJ 1992/747 (*Keizer/Van Andel*).

24 A.W. Jongbloed e.a., *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 387; E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 151.

25 HR 13 oktober 2000, NJ 2001/210.

26 HR 19 november 1993, NJ 1994/175.

27 Idem, ro. 3.3.

28 A.W. Jongbloed e.a., *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 388.

29 Wanneer in de nieuwe procedure met dezelfde (van onvoldoende bewijs voorziene) dagvaarding een procedure wordt begonnen, is een niet-ontvankelijkheidsoordeel wel op zijn plaats. Zie E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 152.

de benadeelde naar alle waarschijnlijkheid bij de burgerlijke rechter een herkansing zou kunnen krijgen. Het verzoek bij de bestuursrechter is afgewezen wegens een gebrek aan bescheiden en gegevens. Daarmee lijkt het erop dat het, net als bij het arrest *Van Raalte/SH Beheer*, niet tot een inhoudelijke beoordeling is gekomen, ook al heeft dat niet geresulteerd in een niet-ontvankelijkheidsoordeel. Het herhalingsverbod staat dan een beoordeling van de schade door de burgerlijke rechter niet in de weg.

Wat zal de bestuursrechter doen met een nieuw verzoekschrift in dezelfde zaak? Het ligt voor de hand dat de bestuursrechter zich aansluit bij de lijn van de civiele rechtspraak. Ook al heeft de bestuursrechter eerder de vordering afgewezen (wat in beginsel een inhoudelijke beoordeling impliceert, omdat er geen sprake is van niet-ontvankelijkheid), materieel kan niet worden gesproken van een inhoudelijke beoordeling van de vordering. Met andere woorden: de gelaedeerde zou in een verzoekschriftprocedure de vordering opnieuw aan de bestuursrechter moeten kunnen voorleggen. Helemaal zeker zijn we daarover echter niet. In een uitspraak van rechtbank Den Bosch van 11 september 2008 werd namelijk een andere insteek gekozen.³⁰ De casus was als volgt.

Eisers hadden eerder in hoger beroep tegen het dwangsombesluit om schadevergoeding op grond van artikel 8:73 Awb verzocht. Het bestreden besluit was vernietigd, maar het schadeverzoek had de Afdeling afgewezen, nu het niet was onderbouwd met gegevens en bescheiden. Vervolgens wendden eisers zich tot het bestuursorgaan met bewijs en bescheiden met de vraag of de schade uit het in beroep vastgestelde onrechtmatige besluit vergoed kon worden. Het bestuursorgaan wees het verzoek af. Dit zelfstandig schadebesluit werd voorgelegd aan de rechtbank. De rechtbank overwoog:

‘De rechtbank begrijpt de uitspraak van de Afdeling aldus dat de Afdeling heeft bedoeld het verzoek van eisers om schadevergoeding ten gronde af te doen en heeft geoordeeld dat er geen aanspraak bestaat op schadevergoeding. Gelet hierop bestaat er thans geen ruimte meer voor vergoeding van schade op grond van een zelfstandig schadebesluit.’³¹

De gelaedeerde ging tegen de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep bij de Afdeling. De Afdeling corrigeerde de rechtbank en overwoog het volgende:

‘De Afdeling heeft blijkens haar uitspraak van 5 juli 2006 afgezien van een inhoudelijke behandeling van het verzoek wegens het ontbreken van gegevens en bescheiden. Nu de Afdeling toen ook geen toepassing heeft gegeven aan artikel 8:73, tweede lid, van de Awb en het onderzoek niet heeft heropend, staat de eerdere afwijzing van het verzoek er in dit geval niet aan in de weg dat appellant alsnog een zelfstandig verzoek om schadevergoeding kan indienen, voorzien van gegevens en bescheiden.’³²

De Afdeling oordeelt, anders dan de rechtbank, dat er in haar eerdere afwijzing van het verzoek op grond van artikel 8:73 Awb geen inhoudelijk oordeel besloten lag. Deze uitspraak is in lijn met het arrest *Van Raalte/SH Beheer*. Dit leidt tot de voorzichtige conclusie dat wanneer de casus zoals geschetst in de inleiding van deze paragraaf zich zou voordoen in het huidige schadevergoedingstelsel, de benadeelde de mogelijkheid heeft om de schade voor te leggen met bewijs en bescheiden in een (tweede) verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. Bedacht moet echter worden dat het in bovengenoem-

30 Rb. Den Bosch 11 september 2008, *AB* 2009/154, m.nt. De Graaf & Marseille.

31 Idem, ro. 13.

32 ABRvS 24 juni 2009, *AB* 2010/210 m.nt. De Graaf & Marseille.

de uitspraken ging om een zelfstandig schadebesluit na een artikel 8:73 Awb-procedure. Het zelfstandig schadebesluit vormde het object van geding, niet het schadevergoedingsverzoek van de benadeelde. In die zin lag het uitgangspunt 'niet twee keer over dezelfde schade oordelen' iets meer op de achtergrond dan in de casus van de inleiding. De mogelijkheid van het appellabele zelfstandig schadebesluit is thans niet meer aanwezig. Bovendien is het lastig de grens te trekken tussen een inhoudelijk en een niet-inhoudelijk oordeel. Dit noopt de benadeelde tot voorzichtigheid. Hij zal zich moeten afvragen of het verstandig is een schadevergoedingsverzoek voor het eerst in hoger beroep tegen de geldigheid van het besluit voor te leggen aan de bestuursrechter. Allereerst vanwege het risico dat als een verzoek dat wel met voldoende gegevens en bescheiden is onderbouwd, wordt afgewezen, geen rechtsmiddelen tegen die beslissing openstaan. Ten tweede omdat het risico bestaat dat het nooit tot een integrale beoordeling van de schade komt (ondanks de onrechtmatigheid van het besluit), juist vanwege het gebrek aan gegevens en bescheiden ter onderbouwing van de schade. Derhalve zal het veelal verstandiger zijn om het schadevergoedingsverzoek, nadat de onrechtmatigheid is vastgesteld, voor te leggen in een nieuwe verzoekschriftprocedure of een nieuwe civiele procedure, zodat eventuele gebreken of onvolledigheden kunnen worden hersteld (in hoger beroep).

In de casus heeft de Afdeling het verzoek afgewezen. Echter, titel 8.4 Awb biedt de bestuursrechtelijke appellinstanties een alternatief. Artikel 8:91 lid 3 Awb bepaalt namelijk dat wanneer het verzoek om schadevergoeding in hoger beroep wordt gedaan, de hogerberoepsrechter op het verzoek beslist, tenzij het verzoek naar zijn oordeel behandeling door de rechtbank behoeft. Wanneer de hogerberoepsrechter voorziet dat het verzoek niet is voorzien van voldoende bescheiden en gegevens, zou dat een goede reden kunnen zijn de zaak te verwijzen naar een lagere instantie. De rechtbank zal waarschijnlijk tot dezelfde conclusie komen, maar in hoger beroep heeft de gelaedeerde wel de kans om zijn verzoek alsnog te voorzien van voldoende bescheiden. Een tweede alternatief is dat de bestuursrechter, met een wat ruimere uitleg van artikel 8:92 lid 1 sub d Awb, het verzoek niet-ontvankelijk verklaart op grond van artikel 6:6 jo. artikel 8:94 Awb. Artikel 8:92 lid 1 sub d Awb omschrijft namelijk dat een verzoekschrift een opgave van de aard van de geleden schade of de te lijden schade bevat en, voor zover mogelijk, een specificatie daarvan. Als er een schadevergoedingsverzoek wordt ingediend met een gebrek aan bescheiden en gegevens, valt met recht te betogen dat de aard van de geleden schade (in ieder geval) onvoldoende is gespecificeerd. Bij een niet-ontvankelijkheidsoordeel is duidelijk dat geen inhoudelijke beoordeling heeft plaatsgevonden, waardoor de gelaedeerde niet hoeft te vrezen dat dezelfde vordering niet nogmaals in eerste aanleg kan worden ingediend. Ook een minder formeel, derde alternatief is denkbaar. Een bestuursrechter kan een benadeelde expliciet wijzen op de bewijslast, voordat er uitspraak wordt gedaan. Op deze manier maakt de bestuursrechter duidelijk waar het probleem zit, wat goed past bij de rol van een actieve rechter.³³

Resumerend kunnen we het volgende vaststellen. Als een benadeelde voor het eerst in hoger beroep een schadevergoedingsverzoek doet en het verzoek wordt afgewezen wegens een gebrek aan bescheiden en gegevens zal hij naar alle waarschijnlijkheid een herkansing kunnen krijgen bij de burgerlijke rechter. Ook bij de bestuursrechter zal vermoedelijk een nieuwe verzoekschriftprocedure kunnen worden gestart. Helemaal zeker

33 Vgl. B.W.N. de Waard & K.F. Bolt, 'De hintplicht', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: BJu 2006, p. 223 e.v.

is dit echter niet. Beslissend is of de afwijzing van het verzoek, zoals bedoeld in artikel 8:95 Awb, al dan niet als een inhoudelijk oordeel wordt beschouwd. Aan deze onzekerheid kan een bestuursrechter een einde maken door er in een dergelijke situatie geen twijfel over te laten bestaan dat het verzoek niet inhoudelijk is beoordeeld, door het verzoek niet-ontvankelijk te verklaren op grond van artikel 8:92 lid 1 sub d Awb. Het verdient aanbeveling dat onderscheid tussen het oordeel ten gronde en de ontvankelijkheid in het bestuursprocesrecht te blijven hanteren.

6 Tot slot: naar een oplossing voor de nieuwe problemen?

We hebben gezien dat de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten – voor zover die op dit moment in werking is getreden – sommige problemen die reden waren voor invoering ervan heeft opgelost, dat andere problemen zijn gebleven en dat de wet daarnaast voor nieuwe problemen heeft gezorgd. Drie daarvan hebben we hiervoor belicht. Problemen zijn er om opgelost te worden. Wij doen daarvoor de volgende suggesties:

- i. De Awb sluit niet uit dat het niet tijdig reageren op een verzoek om schadevergoeding – na ingebrekestelling en het verstrijken van twee weken – kan leiden tot het verbeuren van een dwangsom door het bevoegde bestuursorgaan. Wij gaan ervan uit dat de wetgever niet heeft bedoeld de regeling van de dwangsom bij niet tijdig beslissen op een aanvraag om een beschikking, van toepassing te laten zijn op beschikkingen waartegen geen beroep openstaat. Alleen artikel 6:20 lid 3 Awb lijkt daarop echter te zinspelen. Kortom, zien wij het goed, dan zou de wetgever op dat punt reparatie moeten uitvoeren. Tot die tijd is de conclusie dat het verzoek om schadevergoeding in de zin van artikel 8:90 lid 2 Awb geen aanvraag om een beschikking is, naar ons oordeel te ver gezocht; net als de oplossing die zou inhouden dat de reactie van het bestuursorgaan niet langer wordt beschouwd als zelfstandig schadebesluit. Wil de bestuursrechter recht doen aan de door ons veronderstelde opvatting van de wetgever, dan lijkt het aangewezen om te oordelen dat slechts een rechtsmiddel openstaat om het verzoek om schadevergoeding kracht bij te zetten als daarop na acht weken nog niets vernomen is: de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure;
- ii. De wetgever zal met reparatiewetgeving moeten komen om het splitsen van vordering van meer dan € 25.000 in meerdere vorderingen van ten hoogste € 25.000 tegen te gaan en laat zich daarbij inspireren door artikel 94 Rv. Tot die tijd stelt de bestuursrechter hetzij dat de competentiegrens zo moet worden uitgelegd dat materieel aansluiting wordt gezocht bij artikel 94 Rv hetzij dat het splitsen van een vordering van meer dan € 25.000 in meerdere vorderingen van ten hoogste € 25.000 in strijd is met de goede procesorde;
- iii. De bestuursrechter verklaart een schadevergoedingsverzoek dat niet is voorzien van voldoende gegevens en bescheiden niet-ontvankelijk, in plaats van het verzoek af te wijzen. In elk geval kan van afwijzing van het verzoek slechts sprake zijn nadat de appellant door de rechter is gewezen op het gebrek waaraan zijn verzoekschrift lijdt.

Deze drie punten laten zien dat er binnen het bestaande systeem oplossingen voorhanden zijn. Voor een fundamentele aanpak van *alle* problemen die in dit onderzoek zijn besproken is echter een fundamenteel ingrijpen van de wetgever vereist. Een mooi onderwerp voor een nieuwe studiegroep. Wij weten wel een kandidaat. Maar of die tijd heeft?

24 Een handleiding voor de beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie?

Bruno van Ravels

1 Inleiding

Inmiddels is de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in het Staatsblad gepubliceerd.¹ Voorlopig is echter nog niet de hele wet in werking getreden. In het Koninklijk besluit van 22 april 2013 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten wordt immers een onderscheid gemaakt tussen twee delen van deze wet.² Voor zover deze wet betrekking heeft op schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen trad deze wet ingevolge dit besluit met ingang van 1 juli 2013 in werking. Het in werking treden van de bepalingen die betrekking hebben op nadeelcompensatie – in het bijzonder titel 4.5. van de Algemene wet bestuursrecht – is echter uitgesteld. Thans is er nog geen zicht op wanneer deze nadeelcompensatiebepalingen wél in werking zullen treden. Als redenen voor het nog niet in werking treden van de nadeelcompensatiebepalingen is aangevoerd dat er aanpassingswetgeving in voorbereiding is, terwijl de ‘uitgestelde inwerkingtreding’ decentrale overheden in de gelegenheid stelt om tot aanpassing van de eigen regelgeving over te gaan.³

In de paragraaf van de Nota van Toelichting waarin de minister van Veiligheid en Justitie de redenen voor het uitstel van de inwerkingtreding van de bepalingen betreffende nadeelcompensatie uiteenzet, wijst de minister voorts op een door hem gedane toezegging. Het betreft de door hem tijdens de mondelinge behandeling van wetsvoorstel 32 621 in de Eerste Kamer op 29 januari 2013 gedane toezegging, inhoudende dat ‘een handleiding (wordt) ontwikkeld voor de omgang met verzoeken om nadeelcompensatie’. Deze toezegging deed de minister naar aanleiding van vragen van enige leden van de Eerste Kamer. Deze vragen waren in het bijzonder ingegeven door de inhoud van een brief van VNO-NCW en van MKB Nederland van 15 januari 2013 (ik duid de opstellers van deze brief hierna gezamenlijk aan met ‘VNO’). In deze brief aan de minister van Veiligheid en Justitie wordt gesteld dat de Wet nadeelcompensatie ‘belangrijke knelpunten die ondernemers in de praktijk ondervinden bij het aanvragen van nadeelcompensatie, niet oplost. Het gaat daarbij met name om de berekening van nadeelcompensatie en de bewijslast’. Onder berekening van nadeelcompensatie verstaan de opstellers van de brief (ook) de wijze waarop wordt beoordeeld of aan één van de eisen voor toekenning van nadeelcompensatie is voldaan. De eis namelijk dat de schade moet uitgaan boven het normale maatschappelijke risico. Zij tonen zich kritisch over de wijze waarop de overheid ‘steeds vaker’ inhoud geeft aan het normale maatschappelijke risico. In plaats

1 *Stb.* 2013, 50.

2 *Stb.* 2013, 162.

3 B.P.M. van Ravels, ‘De Wet nadeelcompensatie en de bijzondere wettelijke regeling van tegemoetkoming in planschade’, *O&A* 2013, 2, p. 2-17.

van het toepassen van een korting van ‘15 tot 25% van de schade’ wordt steeds vaker ‘een omzetsdrempel van 15%’ toegepast. Deze drempel beschouwt VNO ‘als een disproportioneel zware eis, die een normaal maatschappelijk risico niet weerspiegelt. Dat is met name het geval als de omzet hoog is in verhouding tot de geleden schade. De omzetsdrempel van 15% leidt er in de praktijk dan ook regelmatig toe, dat bedrijven hun schade ten onrechte niet vergoed krijgen. Illustratief is het voorbeeld (...), dat betrekking heeft op de afsluiting van de Hollandse Brug. De rechter pleegt een omzetsdrempel van 15% zonder veel nader onderzoek of motivering aanvaardbaar te achten.’ VNO pleit voor een ‘voorspelbaar systeem’ en met het oog daarop stellen zij voor deskundigen te benoemen die een systeem moeten uitwerken dat in nadeelcompensatiekwesties tot redelijke en voorspelbare uitkomsten leidt tegen ook voor de ondernemers acceptabele kosten.

Sommige leden van de Eerste Kamer konden zich kennelijk vinden in dit betoog. Zij vroegen de minister of hij bereid was op korte termijn een ‘onafhankelijke commissie van deskundigen te benoemen die de opdracht krijgt objectieve criteria voor een dergelijk systeem uit te werken’.⁴ Daarop reageerde de minister tijdens de vergadering van 29 januari 2013 met de mededeling dat hij binnen een jaar ‘met het bedrijfsleven en de bestuursorganen – VNO-NCW, VNG, IPO – een breed gedragen handleiding [wil] maken voor de omgang met verzoeken om nadeelcompensatie [...]. Die handleiding kunnen bestuursorganen vervolgens gebruiken voor het vaststellen van hun beleidsregels’.⁵

Deze handleiding is er, ofschoon sedert de toezegging van de minister reeds meer dan een jaar is verstreken, nog niet, en eerlijk gezegd verbaast me dat niet helemaal.

Wat daar ook van zij, VNO heeft in haar betoog een belangwekkende kwestie aangesneden. De minister en de betrokken Kamerleden hebben niet zonder reden aanleiding gezien daaraan aandacht te besteden. In deze bijdrage wil ik iets nader ingaan op enige vragen die naar aanleiding van de aangesneden problematiek kunnen rijzen. Deze vragen luiden als volgt. Hoe verhoudt het betoog van VNO zich tot een van de grondregels van het Nederlandse schadevergoedingsrecht? Welke verwachtingen kan men hebben omtrent de mogelijkheid om concrete criteria te formuleren die kunnen worden toegepast bij nadeelcompensatiebeslissingen, zodanig dat deze beslissingen voorspelbaar worden voor betrokken ondernemers? Is het zinvol het in werking treden van de nadeelcompensatiebepalingen van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten uit te stellen totdat een handleiding met daarin objectieve criteria is tot stand gekomen? Ik zal in mijn beschouwing in het bijzonder aandacht besteden aan de door VNO genoemde casus. Daarbij is van belang dat de rechter inmiddels heeft geoordeeld over de geschillen omtrent nadeelcompensatie ter zake van de afsluiting van de Hollandse Brug.⁶ Ik geef hierna eerst een beschrijving van deze casus en de desbetreffende uitspraken. Daarna maak ik enige opmerkingen naar aanleiding van de hiervoor geformuleerde vragen.

⁴ Kamerstukken I, 2012/13, 32 621, nr.15.

⁵ Kamerstukken I, 2012/13, 32 621, nr. 15.

⁶ Verwezen zij naar de volgende uitspraken: ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2317, *JB* 2014/24; ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2310; *BR* 2014/33, m.nt. Boer; ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:192, *JB* 2013/167; ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052, *AB* 2013/222, m.nt. Tjepkema; ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2051, *BR* 2013/120; *Rb. Haarlem* 2 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW7645; *Rb. Zwolle-Lelystad* 28 maart 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW0407; *Rb. Zwolle-Lelystad* 9 maart 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8409.

2 De Hollandse Brug

De Hollandse Brug is op 27 april 2007 voor vrachtverkeer in beide richtingen afgesloten ten behoeve van onderhouds- en herstelwerkzaamheden. Daartoe heeft de minister van Infrastructuur en Milieu een verkeersbesluit genomen dat onherroepelijk is geworden.⁷ De tijdelijke afsluiting van deze brug heeft ongeveer 14 maanden geduurd. Transportondernemingen die normaliter gebruik maakten van de verbinding via de Hollandse Brug stelden als gevolg van de afsluiting van deze brug schade te lijden, bestaande uit omrijdschade, extra kosten door overuren en omzetschade. Zij verzochten de minister van Infrastructuur en Milieu om vergoeding van dit nadeel. Overeenkomstig de toepasselijke beleidsregel, en overeenkomstig hetgeen blijkt uit de rechtspraak een zorgvuldige voorbereiding van nadeelcompensatiebeslissingen vergt, vroeg de minister een commissie van onafhankelijke deskundigen om advies over de op de respectieve verzoeken te nemen besluiten. Deze adviescommissie adviseerde de verzoeken af te wijzen, omdat de gestelde schade binnen het normale maatschappelijke risico, of althans het normale ondernemersrisico viel. Het advies kwam er samengevat op neer dat de door de afsluiting van de Hollandse Brug veroorzaakte schade niet heeft geleid tot een kostenstijging van ten minste 15% van de gemiddelde transportkosten van de betreffende onderneming in de aan de werkzaamheden voorafgaande referentieperiode. Voorts werd geconcludeerd dat geen sprake was van voor vergoeding in aanmerking komende omzetschade.

De betrokken rechtbanken verklaarden de tegen deze besluiten van de minister ingestelde beroepen ongegrond. Zij hebben daartoe, voor zover hier van belang, geoordeeld dat de minister, door bij de beoordeling van de vraag of de schade dusdanig ernstig is dat deze niet als behorend tot het normaal ondernemersrisico ten laste van de betrokken bedrijven mag blijven, een drempel toe te passen van 15% en de schade voorts te relateren aan het bedrag van de gemiddelde omzet en gemiddelde kosten, geen onredelijke invulling heeft gegeven aan hetgeen in de voorliggende zaak tot het normaal ondernemersrisico behoort.

Opgemerkt zij dat verschillende bestuursorganen, waaronder de minister van Infrastructuur en Milieu, bij de beantwoording van de vraag of nadeel dat het gevolg is van een op zichzelf als een normale maatschappelijke ontwikkeling te beschouwen infrastructuurle maatregel het normale maatschappelijke risico al dan niet overstijgt een ondergrens van 15% van de omzet op jaarbasis hanteren. Voor schade in de vorm van kosten wordt een ondergrens van 15% van gemiddelde jaarlijkse (transport-)kosten ge-

7 ABRvS 11 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5532.

hanteerd. Deze benadering is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State gedurende een reeks van jaren rechtens aanvaardbaar geoordeeld.⁸

Voor zover hier van belang stelden de transportbedrijven zich in hoger beroep op het standpunt dat voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van de geleden schade het, gelet op hun situatie, niet redelijk is een drempel van 15% van de gemiddelde transportkosten van het totale wagenpark te hanteren. De Afdeling stelde bij de beoordeling van deze beroepsgrond, geheel in lijn met vaste rechtspraak, voorop dat indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies ervan ten grondslag zijn gelegd en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, dat bestuursorgaan volgens vaste jurisprudentie bij het nemen van een besluit op een aanvraag om nadeelcompensatie van dat advies mag uitgaan, tenzij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan naar voren zijn gebracht.

Vervolgens benadrukt de Afdeling, in lijn met eerdere uitspraken, dat de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan is. Dit komt daarbij beoordelingsvrijheid toe. Het bestuursorgaan zal zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen. De bestuursrechter toetst de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee dus ook aan het *égalité*beginsel. In beginsel is het met het oog op de uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding van schade aanvaardbaar dat het bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico werkt met een vaste drempel of korting, of met een vaste drempel in combinatie met een korting bovenop het schadebedrag. Dat komt de rechtszekerheid ten goede, nu de vraag of schade buiten het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico valt daarmee aanstonds eenvoudig kan worden beantwoord. Het is niet aan de bestuursrechter om in dit verband een percentage vast te stellen, maar om te toetsen op de wijze zoals hiervoor is overwogen. Het bestuursorgaan zal, als daartoe op grond van de door de benadeelde verschaftte gegevens aanleiding bestaat, moeten beoordelen of deze drempel of korting, dan wel drempel in combinatie met een korting, ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval. Naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als drempel hanteert dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, geldt dat er zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld.

Daarna formuleert de Afdeling een uitgangspunt omtrent de vaststelling van het normale ondernemersrisico ter zake van nadeel dat wordt ondervonden door de uitvoering van verkeersmaatregelen of wegwerkzaamheden. De Afdeling stelt voorop dat aan het

8 Voor wat betreft nadeel in de vorm van omzeterderving zie: ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2013:BY3076; ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4941; ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7237; ABRvS 19 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC0536, *BR* 2008/210, m.nt. Van Zundert; ABRvS 14 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO7483; ABRvS 19 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN8347; ABRvS 23 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI0251; ABRvS 5 september 2001, ECLI:NL:RVS:2007:AD3527, *BR* 2002/877, m.nt. Van Ravens. Voor wat betreft schade in de vorm van extra kosten zie: ABRvS 2 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC8472; ABRvS 21 juni 2006 ECLI:NL:RVS:2006:AX9047, *BR* 2006, p. 847; ABRvS 14 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO7483. Zie daaromtrent ook: B.P.M. van Ravens, “‘Harde en snelle’ regels bij de afbakening van het normale maatschappelijke risico?”, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 359-380, in het bijzonder p. 373-378.

exploiteren van een uit zijn aard van de infrastructuur afhankelijk transportbedrijf inherent is dat, naast het profiteren van een goed onderhouden wegennet, soms nadeel wordt ondervonden door de uitvoering van verkeersmaatregelen of wegwerkzaamheden. Dit nadeel behoort in beginsel tot het eigen ondernemersrisico en komt niet voor vergoeding in aanmerking. Schadevergoeding is eerst aan de orde indien er sprake is van onevenredige, dat wil zeggen buiten het normale ondernemersrisico vallende schade. Het hanteren van een drempel voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade als gevolg van die maatregelen aan de infrastructuur, reconstructiewerkzaamheden en onderhoud aan bruggen, sluit hierbij aan. Pas als de schade boven die drempel uitkomt kan sprake zijn van onevenredige schade zoals hiervoor bedoeld, aldus de Afdeling.

De essentie van de uitspraken van de Afdeling inzake de Hollandse Brug is gelegen in de beoordeling van de kwestie of de afsluiting van de Hollandse Brug als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden aangemerkt. De Afdeling benadrukt daarbij dat de minister zich zelf, in navolging van het advies van de schadecommissie, uitdrukkelijk op het standpunt heeft gesteld dat de plotselinge afsluiting van de Hollandse Brug voor vrachtverkeer voor een, naar later zou blijken, aaneengesloten periode van veertien maanden *niet* als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd. Dit betekent, volgens de Afdeling, dat de daardoor veroorzaakte schade niet of niet geheel tot het normale ondernemersrisico behoort en in zoverre voor vergoeding in aanmerking komt. De toepassing van een in de jurisprudentie gehanteerde drempel van 15% van de gemiddelde jaarlijkse transportkosten, die de schadecommissie vervolgens hanteert, ligt dan niet langer in de rede omdat deze nu juist als instrument dient om te bepalen of de omvang van nadeel of schade veroorzaakt door reguliere infrastructurele werkzaamheden buiten het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico valt. De buitengewone aspecten van de infrastructurele maatregel, zoals deze zijn uiteengezet in het advies van de schadecommissie, worden door toepassing van de drempel onvoldoende verdisconteerd, omdat alleen de hoogte van de schade in aanmerking wordt genomen.

Kortom: de Afdeling neemt geen afstand van het hanteren van een percentuele drempel voor gevallen waarin de schadeoorzaak als vallend onder de categorie reguliere infrastructurele werkzaamheden kan worden beschouwd. Zij benadrukt echter dat een drempel in dit geval niet mag worden gehanteerd, omdat de schadeoorzaak niet als een op zichzelf genomen normale maatschappelijke ontwikkeling kunnen worden beschouwd. De buitengewone aspecten van de in dit geval schadeveroorzakende infrastructurele maatregel – de afsluiting van de Hollandse brug – worden door toepassing van bedoelde drempel onvoldoende verdisconteerd.⁹

Vervolgens wordt in deze uitspraken beoordeeld hoe deze uitzonderlijke omstandigheden wél in de bepaling van de omvang het normale maatschappelijke risico verdisconteerd kunnen worden. De Afdeling overweegt dat het gelet op de buitengewone aspecten van deze infrastructurele maatregel redelijk is dat de minister een gedeelte van de schade vergoedt. Dat de schade ten dele binnen het normale ondernemersrisico van het getroffen bedrijf valt kan onder meer worden gemotiveerd met een verwijzing naar het aan de exploitatie van een transportonderneming inherente risico's, de locatie van

9 Ook in een eerdere uitspraak benadrukte de Afdeling dat niet zonder meer vaste drempels mogen worden gehanteerd, maar dat het bestuur oog moet hebben voor de bijzondere omstandigheden van het geval: ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, *JB* 2013/11, m.nt. Schlössels, *Gst.* 2013/12, m.nt. Lagerweij-Duits, *BR* 2013/46, m.nt. Van Zundert, *O&A* 2013/36, m.nt. Roozendaal.

de getroffen onderneming, de tijdelijkheid van de schade en de mogelijkheid om gedurende de afsluiting om te rijden. Voor het bepalen van de hoogte van de door deze (ten dele) abnormale maatschappelijke ontwikkeling veroorzaakte schade zal volgens de Afdeling de kortingsmethode – een percentuele korting op het schadebedrag – kunnen worden gehanteerd. Deze korting zal, volgens de Afdeling, in verhouding moeten staan tot een periode van afsluiting wegens regulier onderhoud aan de brug waarmee de transportondernemer van tijd tot tijd rekening moet houden. De voor vergoeding in aanmerking komende schade dient, in het kader van de bestuurlijke lus, in een nieuw besluit te worden toegekend.

In het nieuwe besluit zette de minister uiteen dat regulier onderhoud zou hebben geleid tot een vertraging van gemiddeld 15-20 minuten per rit gedurende minimaal 7 maanden. De afsluiting van de Hollandse Brug had echter geleid tot een vertraging 25-30 minuten per rit gedurende ongeveer 14 maanden. Gedurende de helft van de tijd zou de betrokken transportonderneming de helft van de vertraging die zij heeft opgelopen door afsluiting van de Hollandse Brug ook hebben gehad bij regulier onderhoud. De minister achtte derhalve een korting van 25% op het schadebedrag redelijk. Dit werd aanvaardbaar geoordeeld.¹⁰ In deze korting wordt tot uitdrukking worden gebracht in hoeverre de schadeveroorzakende gedraging als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd.

3 Een grondregel van het Nederlandse schadevergoedingsrecht

Een eerste opmerking betreft de vraag hoe het betoog van VNO zich verhoudt tot een van de grondregels van het Nederlandse schadevergoedingsrecht. VNO stelt zich er in te kunnen vinden *‘dat een ondernemer in geval van rechtmatige overheidsdaad een deel van de schade voor eigen rekening moet nemen’*. Deze mededeling raakt aan wat Dick Lubach een ‘grondregel’ van het Nederlandse schadevergoedingsrecht noemt. Het is daarbij niet zonder belang welke grondregel gehanteerd wordt. Het spreekt voor zich dat de verwachtingen van benadeelden omtrent compensatie hoog gespannen zijn en ook kunnen zijn, wanneer men er van uitgaat dat de volgende regel aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag ligt: *‘berokken een ander geen schade’*.¹¹ In het betrekkelijk recente verleden heeft de wijze waarop in het Nederlands recht met vergoeding van planschade werd omgegaan enig voedsel gegeven aan de gedachte dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht ten minste ten dele op deze grondregel zou berusten. In het planschadevergoedingsrecht werd er bij toepassing van het oude artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening van uitgegaan dat schade die het gevolg is van een planologische maatregel in beginsel vergoed moet worden. Op die regel werd slechts een uitzondering gemaakt indien aan de aanvrager concrete voorzienbaarheid kon worden tegengeworpen, of indien anderszins in vergoeding van deze schade was voorzien. De vraag of de schade al dan niet binnen het normale maatschappelijke risico viel, speelde bij de beoordeling van aanvragen om planschadevergoeding geen rol.

Dick Lubach heeft, een kleine tien jaar geleden, in een beschouwing over de rol van het normaal maatschappelijk risico bij de beoordeling van aanvragen om vergoeding van

10 ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2317.

11 Uitvoeriger daaromtrent: B.P.M. van Ravels, ‘De (nabije) toekomst van de bestuursrechtelijke schadevergoeding’, *JBplus* 2012, p. 150-166.

planschade, benadrukt dat in het Nederlands recht een andere grondregel geldt, namelijk de regel dat eenieder zijn eigen schade draagt.¹² Hij heeft ook aangegeven dat de wijze waarop in Nederland met de beoordeling van aanvragen om planschadevergoeding werd omgegaan zich niet met deze grondregel verdraagt. Voorts heeft hij er op gewezen dat Nederland op dit punt, zonder goede redenen, uit de pas liep met zijn buurlanden. Hij benadrukte, onder verwijzing naar het Duitse recht, dat voor schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen eerst een rechtsgrond bestaat indien gesproken kon worden van een 'Sonderopfer'. Hij gaf voorts aan dat de benadering in het Duitse recht, waarbij de sociale gebondenheid van de eigendom als uitgangspunt wordt genomen, nauw aansluit bij de gedachte van het normaal maatschappelijk risico, zoals die in het Franse recht wordt aangenomen.¹³ Ik was en ben dat met hem eens.¹⁴ Lubach bepleitte een wijze van omgaan met schadeclaims ter zake van rechtmatige overheidsdaden die recht doet aan de grondregel dat een ieder in beginsel zijn eigen schade draagt en waarbij het element van het normale maatschappelijke risico zou worden geherintroduceerd in het planschadevergoedingsrecht.

Inmiddels is in het Nederlandse recht, ook voor het planschaderecht, aanvaard dat binnen het normale maatschappelijke risico vallende schade als gevolg van op zichzelf rechtmatig overheidshandelen niet voor compensatie in aanmerking komt. In de nieuwe Wet ruimtelijke ordening is nadrukkelijk bepaald dat binnen het normale maatschappelijke risico vallende schade voor rekening van de aanvrager blijft.¹⁵ In de Wet nadeelcompensatie is, in lijn met de rechtspraak betreffende de toepassing van het beginsel voor de gelijkheid voor de openbare lasten, tot uitdrukking gebracht dat eerst een aanspraak op nadeelcompensatie bestaat indien de door een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak veroorzaakte schade 'uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft'.¹⁶

Kortom: er bestaat eerst aanleiding om, in afwijking van de grondregel dat een ieder zijn eigen schade draagt, nadeelcompensatie toe te kennen in abnormale en speciale gevallen. Het spreekt voor zich dat dit uitgangspunt gevolgen heeft voor hetgeen men bij de indiening van een aanvraag om nadeelcompensatie mag verwachten. Wanneer de schade het normale maatschappelijke risico niet overstijgt, krijgt men niets. Men mag er, mede daarom, niet zonder meer van uitgaan dat men bij indiening van een aanvraag om nadeelcompensatie altijd wel een deel van zijn schade vergoed krijgt. Evenmin mag men er op rekenen dat hoogstens een korting van 15% tot 25% wegens normaal maatschappelijke risico op het schadebedrag in mindering wordt gebracht. In de uitspraken betreffende de Hollandse Brug wordt, in lijn met het vorenstaande, voorop gesteld dat nadeel dat een transportbedrijf door de uitvoering van verkeersmaatregelen of wegwerk-

12 D.A. Lubach, 'Voorzienbaarheid en maatschappelijk risico bij planschade in rechtsvergelijkend perspectief', *BR* 2005, p. 509.

13 Deze stelling wordt bevestigd in: Rachelle Alterman (red.), *Takings International. A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights*, American Bar Association, 2010, i.h.b. p. 34 en 343.

14 Onder meer in: B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid. De betekenis van het begrip voorzienbaarheid voor verplichtingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

15 Art. 6.2, eerste lid, Wro.

16 Het nog niet in werking getreden, maar al wel in het Staatsblad gepubliceerde art. 4:126, eerste lid, Awb.

zaamheden lijdt in beginsel tot het eigen ondernemersrisico behoort en niet voor vergoeding in aanmerking komt.

4 De bewijslast in nadeelcompensatiekwesities

Een tweede opmerking betreft hetgeen in de brief van VNO wordt gesteld omtrent de bewijslast in nadeelcompensatiekwesities. Gesteld wordt dat het een probleem is dat *‘de bewijslast [...] bij het betrokken bedrijf ligt. De ondernemer moet niet alleen aantonen dat zijn bedrijf onevenredig getroffen is door bepaald overheidshandelen, zoals een wegafsluiting of -opbreking. Hij moet ook de exacte hoogte van de schade aangeven en het causaal verband tussen de gelende schade en het overheidshandelen. Dit blijkt in de praktijk problematisch’*, aldus VNO. Daargelaten dat deze bewijslastverdeling betreffende het oorzakelijk verband min of meer vanzelfsprekend is en ook overigens in ons (schadevergoedings-)recht is aanvaard,¹⁷ wordt juist bij nadeelcompensatieclaims de benadeelde in zeer aanzienlijke mate gefaciliteerd in wat VNO aanduidt als de ‘bewijslast’ van de verzoeker.

In dit opzicht is diens positie aanzienlijk beter dan die van degenen die een derde, waaronder de overheid, wenst aan te spreken wegens onrechtmatige daad of wanprestatie. In nadeelcompensatiekwesities wordt er immers van uitgegaan dat het bestuursorgaan met het oog op een zorgvuldige voorbereiding van de beslissing op de aanvraag verplicht is een onafhankelijke deskundige of een onafhankelijke commissie van deskundigen om advies te vragen omtrent de op de aanvraag te nemen beslissing. De kosten waarvoor het bestuur zich in dit verband geplaatst ziet zijn substantieel.¹⁸ In de praktijk betekent dit dat deze commissie beoordeelt, of en zo ja in hoeverre het betreffende overheidshandelen tot onevenredige schade heeft geleid die niet tot het normale maatschappelijke risico behoort. Ook in de casus van de Hollandse Brug heeft de minister naar aanleiding van de verschillende aanvragen om nadeelcompensatie die hem dienaangaande bereikten schadecommissies om advies gevraagd. De omstandigheid dat sommige aanvragers het soms niet eens zijn met hetgeen een adviescommissie uiteindelijk adviseert, doet er niet aan af dat degenen die verzoeken om toekenning van nadeelcompensatie voor wat betreft het vergaren van de relevante feiten, in vergelijking met bijvoorbeeld degenen die aanspraak maken op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, in belangrijke mate gefaciliteerd worden door het bestuur.

Daarbij komt dat in nadeelcompensatiekwesities niet van de aanvrager wordt verlangd dat hij steeds ‘de exacte hoogte van de schade’ in zijn aanvraag aangeeft. In mijn ervaring ontbreekt in veel aanvragen een vermelding van een exact bedrag. Bij omzetsderving kan dat bedrag vaak ook nog niet in de aanvraag vermeld worden, omdat de jaarstukken nog niet gereed zijn. Ik kan mij niet herinneren dat aanvragen buiten behandeling zijn gelaten omdat daarin het exacte schadebedrag niet is aangegeven. De regels die van toepassing zijn op wettelijke of buitenwettelijke nadeelcompensatieclaims voorzien bovendien niet in de eis dat aanvrager een exact schadebedrag moet noemen.¹⁹ In art. 4:127 Awb

17 Vgl. art. 150 Rv, art. 4:2 Awb en ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7098, *JB* 2007/147.

18 B.P.M. van Ravens, *Afwikkeling van massaschade en bestuursrecht*, in: *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder* (Preadviezen Vereniging voor Procesrecht 2013), Bju, p. 39-48.

19 Vgl. bijvoorbeeld art. 6.1.2.2. van het Besluit ruimtelijke ordening. In art. 13 van de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 wordt ‘zo redelijkerwijs mogelijk een opgave van de aard en de omvang van de schade’ verlangd.

wordt voorgeschreven dat de aanvraag, naast hetgeen in art. 4:2 Awb is voorgeschreven, het volgende bevat: 'een aanduiding van de schadeveroorzakende gebeurtenis, b. een opgave van de aard van de geleden of te lijden schade en, voor zover redelijkerwijs mogelijk, het bedrag van de schade en een specificatie daarvan'. In de toelichtende stukken wordt nadrukkelijk aangegeven dat de omvang van de schade, anders dan de aard daarvan, niet altijd direct bekend is en dat van de benadeelde dan ook niet kan worden verwacht dat hij in alle gevallen al in de aanvraag een opgave van de omvang van de schade doet. Hetzelfde geldt met betrekking tot de specificatie van het schadebedrag.²⁰

Ook de stelling van VNO dat de indiening van een verzoek om nadeelcompensatie '*een enorme administratieve krachtsinspanning*' vergt, is mij niet zonder meer duidelijk. In de praktijk vragen adviescommissies aanvragers die om vergoeding van omzetschade hebben verzocht vooral om gegevens waarover de betrokken ondernemers toch al uit anderen hoofde dienen te beschikken. Voor wat betreft de financiële gegevens wordt in het bijzonder gevraagd naar de jaarrekeningen van de onderneming betreffende de schadeperiode en de daaraan voorafgaande drie tot vijf jaren. Voorts wordt gevraagd naar de omzettegegevens per maand, zoals die bijvoorbeeld naar voren komen uit de BTW-aangiften. Daarnaast worden soms aanvullende vragen gesteld. Ook relatief gezien, dat wil zegen in vergelijking met andersoortige claims, is het mij vooralsnog niet duidelijk waarin het onevenredige van deze last zou zijn gelegen.

Kortom: de 'bewijslast' in nadeelcompensatiekwesties is voor de benadeelde, gelet op het vorenstaande, in vergelijking met hetgeen overigens in het Nederlandse schadevergoedingsrecht gebruikelijk is, eerder minder groot dan groter.

5 Een uniforme wijze van bewijs en berekening van omzetschade

Mijn volgende opmerking betreft de wens van VNO om '*een uniforme, algemeen geaccepteerde wijze van bewijs van omzetschade (inclusief berekeningsmethode)*' tot stand te brengen. De ervaring leert inderdaad dat juist de beantwoording van de vraag naar de omvang van de inkomens- of winstderving die een ondernemer als gevolg van dit soort werkzaamheden lijdt, bewerkelijk is. Dat geldt, zij het in mindere mate, ook voor de bepaling van de omvang van eventuele extra kosten. De bepaling daarvan is in de praktijk aanzienlijk bewerkelijker dan de afbakening van het normale maatschappelijke risico. Dit betekent ook dat men door het formuleren van 'concrete criteria' ter bepaling van de omvang van het normale maatschappelijke risico de voorspelbaarheid van nadeelcompensatiebeslissingen slechts zeer ten dele bevordert.

Ik teken daarbij voorts aan dat de bewerkelijkheid en betrekkelijke onvoorspelbaarheid van de bepaling van de omvang van winstderving geenszins een bijzonderheid is van het nadeelcompensatierecht, maar inherent is aan de aard van de schade. Het is niet anders bij vorderingen uit onrechtmatige daad, bij vorderingen wegens wanprestatie en bij schadeloosstelling bij onteigening. De wijze van begroting van winstderving in nadeelcompensatiekwesties wijkt op hoofdlijnen niet af van de wijze van begroten die in andere onderdelen van het schadevergoedingsrecht gebruikelijk is. Uitgangspunt bij de begroting van schade is ook bij nadeelcompensatie dat deze concreet dient te worden berekend, tenzij een abstracte berekening van de schade het meest met de aard ervan in

20 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3 (artikelsgewijze toelichting bij art. 4:127 Awb).

overeenstemming is. Winstderving dient in de regel concreet te worden berekend.²¹ Dat is bij nadeelcompensatie niet anders. Ook bij nadeelcompensatiekwesities dient dus een vergelijking te worden gemaakt tussen de financiële situatie waarin de aanvrager feitelijk is komen te verkeren als gevolg van het beweerdelijk schadeveroorzakende handelen en de hypothetische financiële situatie waarin de aanvrager zou hebben verkeerd, indien het schadeveroorzakende handelen achterwege zou zijn gebleven. Het gaat daarbij niet zelden om complexe vergelijkingen op basis van aannames, waaromtrent (vanzelfsprekend) discussie mogelijk is. De ervaring leert dat de discussie omtrent de begroting van de omvang van de schade zich, ook bij nadeelcompensatiekwesities, niet zozeer concentreren op de hoofdlijnen van de wijze van begroten, maar dat deze zich veeleer toespitst op de gehanteerde aannames en op de representativiteit van de gehanteerde gegevens voor de begroting van de schade in het concrete geval.

Zou de stelling van VNO zo begrepen moeten worden dat zij pleit voor een meer abstracte vorm van schadeberekening in nadeelcompensatiekwesities, dan is het de vraag of dit, in aanmerking genomen de aard van de schade, tot billijke oplossingen leidt, terwijl het ook de vraag is of ondernemers daar uiteindelijk mee gebaat zouden zijn. Daarbij komt dat het bij zo'n wijze van schadeberekening in de lijn der verwachtingen ligt dat ondernemers die zich daardoor tekort gedaan voelen de toepasselijkheid daarvan in het concrete geval, gelet op de bijzondere omstandigheid daarvan, ter discussie zullen stellen. Ook daarom meen ik dat de verwachtingen omtrent wat een handleiding op dit punt kan bieden niet te hoog gespannen moeten zijn.

6 Alle relevante omstandigheden van het geval

Ik kom vervolgens toe aan de vraag of er een handleiding zou moeten of kunnen komen waarin 'objectieve criteria' ter zake van de afbakening van het normale maatschappelijke risico geformuleerd kunnen worden, en zo ja welke criteria dit zouden moeten zijn. Daarbij zou het moeten gaan om criteria op basis 'waarvan ondernemers vooraf kunnen inschatten of ze in beginsel in aanmerking komen voor nadeelcompensatie'. De verwachtingen dienaangaande moeten, denk ik, niet te hoog gespannen zijn en wel om verschillende redenen. Hoe groot het normaal maatschappelijk risico is, moet immers, volgens inmiddels vaste rechtspraak, worden bepaald met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval.²² Van belang kunnen hierbij onder meer zijn de aard van de overheids-handeling en de aard en de omvang van de toegebrachte schade. Dit impliceert dat bij de beantwoording van de vraag naar de omvang van het normale maatschappelijke risico een casuïstische benadering voorop staat en dat daarbij op basis van relevant geoordeelde feiten en omstandigheden van het concrete geval, in samenhang met enige algemene uitgangspunten, een oordeel wordt gegeven. De zaaksgericte oriëntatie van de afbakening van het normale maatschappelijke risico is niet eenvoudig te verenigen met een reductie daarvan tot harde regels die nadeelcom-

21 ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6956.

22 Zie uitvoering daaromtrent: B.P.M. van Ravels. 'Hoe groot is het normale maatschappelijke risico? Een analyse van de recente rechtspraak', *NTB* 2014/ 2, p. 4-17.

pensatiebeslissingen in vergaande mate voorspelbaar maken.²³ Uiteindelijk komt het bij de bepaling van de omvang van het normale maatschappelijke risico aan op maatwerk voor het concrete geval.

Dat neemt niet weg dat het mogelijk is, mede vanuit een oogpunt van uniformiteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, de voorspelbaarheid van nadeelcompensatiebesluiten te bevorderen. De voorspelbaarheid van nadeelcompensatiebeslissingen kan ook bevorderd worden door het zo veel mogelijk inzicht geven in de gevolgde gedachtegang bij beslissingen omtrent toekenning van nadeelcompensatie. Hier ligt een taak voor het bestuur en haar adviseurs en voor de bestuursrechter die in (hoger) beroep onder meer toetst of nadeelcompensatiebesluiten aan de daaraan te stellen motiveringsvereisten voldoen.

7 Het vergroten van voorspelbaarheid

Voorspelbaarheid, consistentie en rechtszekerheid nemen ook toe door het formuleren van uitgangspunten omtrent het normaal maatschappelijk risico ter zake van bepaalde categorieën van schadeoorzaken, al dan niet in verband met bepaalde typen van schades, door het opstellen van wat men zou kunnen noemen een duidelijke agenda voor het debat omtrent de bepaling van de omvang van het normale maatschappelijke risico, door het onderscheiden van factoren die al dan niet van belang zijn voor de bepaling van de omvang van het normale maatschappelijke risico en door aan te geven welke consequenties aan bepaalde factoren worden verbonden. Zo wordt in de rechtspraak reeds lang als uitgangspunt gehanteerd ‘dat het treffen van een verkeersmaatregel als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, waarmee eenieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de daardoor getroffen en mogen worden gelaten’.²⁴ Ook in de uitspraken betreffende de Hollandse Brug komt dit uitgangspunt terug. Op zichzelf bevordert het hanteren van dit uitgangspunt en vergelijkbare uitgangspunten de voorspelbaarheid van nadeelcompensatiebeslissingen.

8 Voorspelbaarheid door een duidelijker agenda van het debat

Een duidelijker agenda van het debat kan eveneens de voorspelbaarheid van nadeelcompensatiebesluiten bevorderen.

23 Zie o.a. B.J. van Ettekoven, ‘Meer rechtseenheid in het nadeelcompensatierecht?’, en B.P.M. van Ravens, ‘Harde en snelle’ regels bij de afbakening van het normale maatschappelijke risico’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, respectievelijk p. 329-357 en p. 359-380.

24 ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6926; ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5105; ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4941, *BR* 2011/118, m.nt. Van Zundert; ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4893, *BR* 2011/117, m.nt. Van Zundert; ABRvS 24 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI9694; ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3621; ABRvS 14 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ1051, *AB* 2005/214, m.nt. Bitter.

In het debat over de omvang van het normale maatschappelijke risico dient, mede blijkens de uitspraken inzake de Hollandse Brug, in de regel eerst de vraag beantwoord te worden, of de schadeveroorzakende maatregel zodanig abnormaal is dat er aanleiding bestaat om af te wijken van het uitgangspunt dat in het algemeen voor een bepaald type schadeoorzaken wordt gehanteerd.

Wanneer geconcludeerd kan worden dat de gestelde schadeoorzaak als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, wordt vervolgens bezien of de aard en/of omvang van de schade zodanig abnormaal zijn dat deze elementen van de beoordeling bij kunnen dragen aan het oordeel dat de schade het normale maatschappelijke risico overstijgt, ook al is deze het gevolg van een op zichzelf normale maatschappelijke ontwikkeling. Het hanteren van een percentuele drempel van bijvoorbeeld de omzet op jaarbasis, de waarde van het object, of de gemiddelde kosten op jaarbasis voor het ontstaan van de schade voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het betreffende rechtmatige overheidshandelen, sluit hierbij aan.

Wanneer de schadeveroorzakende handeling niet op relevante punten buitengewoon is, en de schade, gelet op de aard en omvang daarvan, ook niet abnormaal is te achten, kan in beginsel geconcludeerd worden dat de schade binnen het normale maatschappelijke risico valt.

Wanneer geconcludeerd wordt dat buitengewone aspecten van de schadeoorzaak maken dat deze niet (geheel) als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden aangemerkt, kan een korting worden toegepast op het schadebedrag. Deze korting zal dan in de regel in verhouding moeten staan tot de schade die naar aard en omvang het normale te verwachten gevolg is van een regulier, vergelijkbaar overheidshandelen.

Wanneer we ons concentreren op schade veroorzaakt door op zichzelf rechtmatige infrastructuurle werkzaamheden door of in opdracht van de overheid kunnen er verschillende redenen zijn om te concluderen dat deze werkzaamheden op bepaalde aspecten, voor de bepaling van de omvang van het normale maatschappelijke risico relevante wijze, afwijken van reguliere infrastructuurle werkzaamheden. Men kan onder meer denken aan de duur, de frequentie, het plotselinge, drastische, of ingrijpende van de werkzaamheden, mede gelet op de aard van locatie waar de werkzaamheden plaatsvinden en de omgeving daarvan. De casus van de Hollandse Brug biedt een voorbeeld van een casus waarin, gelet op de buitengewone aspecten van de betreffende infrastructuurle maatregel, werd geconcludeerd dat de schadeveroorzakende maatregel zodanig uitzonderlijk was dat aanleiding bestond om af te wijken van het voor schade veroorzaakt door reguliere infrastructuurle maatregelen geldende uitgangspunt.

9 Voorspelbaarheid door het formuleren van objectieve criteria

Het is, meen ik, ook niet onmogelijk in sommige gevallen aan de hand van een concreet objectief criterium een onderscheid te maken tussen normaal te achten en abnormaal te achten schadeoorzaken.

Bij schade veroorzaakt door de intrekking van bepaalde vergunningen kan bijvoorbeeld een normaal te achten tijdsduur sedert de verlening van de nadien ingetrokken vergunning voor het hebben van een werk op een bepaalde locatie een zodanig concreet

criterium bieden.²⁵ In de aard der zaak ligt echter besloten dat dit soort criteria slechts voor een zeer beperkte groep van gevallen kan worden gehanteerd, terwijl men ook bij hantering van zo'n criterium steeds discussie kan krijgen over de vraag of de buitengewone aspecten van het concrete geval aanleiding geven dit criterium niet (onverkort) te hanteren.

Het is soms ook mogelijk om een concreet criterium te formuleren ter zake van de beantwoording van de vraag, of en zo ja in hoeverre een bepaald type schade als gevolg van een bepaald type bestuurlijk handelen dat op zichzelf als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd, gelet op de omvang van deze schade geacht kan worden het normale maatschappelijke risico te overstijgen.²⁶ De in de casus van de Hollandse Brug door de minister gehanteerde drempel van 15% van de gemiddelde jaarlijkse transportkosten biedt een zodanig concreet criterium. De uitspraken in deze casus illustreren dat een zodanig criterium beperkt houvast biedt. De discussie spitste zich immers toe op de vraag, of dit criterium gelet op de buitengewone aspecten van de schadeveroorzakende maatregel wel mocht worden toegepast. De Afdeling oordeelde uiteindelijk dat dit niet mocht, omdat de buitengewone aspecten van de betreffende maatregel tot afwijking van het uitgangspunt noopten. Omdat geen sprake was van reguliere infrastructurele maatregelen, mocht ook de 15%-drempel niet worden toegepast.

10 De rechter in nadeelcompensatiekwesties

VNO stelt voorts dat de rechter in nadeelcompensatiekwesties bepaalde wijzen van afbakening van het normale maatschappelijke risico 'zonder veel nader onderzoek of motivering' aanvaardbaar acht. Deze stelling wordt niet onderbouwd, terwijl ik betwijfel of deze juist is.

Ten eerste lijkt deze stelling weinig oog te hebben voor de wijze van toetsing die de wetgever van de bestuursrechter verlangt. Ingevolge artikel 8:69, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, doet de bestuursrechter uitspraak op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter is beperkt tot voorschriften van openbare orde. Dit betekent onder meer dat onderdelen van een besluit die niet in het beroepsschrift ter discussie zijn gesteld, door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten. Ook is de rechter bij de beoordeling van het beroep in beginsel gebonden aan de door de indiener van het beroep aangevoerde bezwaren. Stel bijvoorbeeld, dat het bestuursorgaan zich in een nadeelcompensatiebesluit op het standpunt stelt dat de schadeoorzaak moet worden gezien als een normale maatschappelijke ontwikkeling, en in beroep wordt die stelling niet ter discussie gesteld, dan zal de bestuursrechter er van uit gaan dat deze schadeoorzaak een normale maatschappelijke ontwikkeling is en daaraan consequenties verbinden. De rechter gaat dan niet 'nader onderzoeken' of de schadeoorzaak als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden gekwalificeerd. Evenmin gaat hij dan beoordelen of de motivering van dit niet betwiste onderdeel van het besluit aanvaardbaar is. Wanneer echter wel ter discussie wordt gesteld of bijvoorbeeld de schadeoorzaak een normale maatschappelijke ontwik-

25 B.P.M. van Ravels, 'Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg', in: J.E. Hoitink, G.E. van Maanen, B.P.M. van Ravels, B.J. Schueller, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag: Bju, 2002, p. 321-332.

26 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:572.

keling is, of wanneer ter discussie wordt gesteld of een bepaald uitgangspunt op de concrete casus kan worden toegepast, dan zal de bestuursrechter die beroepsgrond wel degelijk beoordelen. Dat kan zeer wel leiden tot de conclusie dat bijvoorbeeld dat uitgangspunt niet gehanteerd mocht worden. De uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake de Hollandse Brug bieden daarvan een duidelijk voorbeeld. In de kern genomen oordeelt de Afdeling daarin dat de door de minister gehanteerde methode van bepaling van de omvang van het normale maatschappelijke risico niet in overeenstemming is met de door de minister onderschreven conclusie van deskundigen dat de schadeoorzaak niet als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden aangemerkt.

Bovendien lijkt de stelling van VNO weinig oog te hebben voor het uitgangspunt dat de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan is. Dit komt daarbij beoordelingsvrijheid toe. Het bestuursorgaan zal zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen. De bestuursrechter toetst, zoals in de uitspraken inzake de Hollandse Brug is uiteengezet, de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee dus ook aan het *égalité*beginsel.²⁷ *'Het is niet aan de bestuursrechter om in dit verband een percentage vast te stellen, maar om te toetsen op de wijze zoals hiervoor is overwogen. Het bestuursorgaan zal, als daartoe op grond van de door de benadeelde verschaft gegevens aanleiding bestaat, moeten beoordelen of deze drempel of korting, dan wel drempel in combinatie met een korting, ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het concrete geval. Naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als drempel hanteert dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, geldt dat er zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld.'*²⁸

11 De inhoud van de criteria

Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat de brief van VNO aan de minister niet enkel is ingegeven door het belang van rechtszekerheid en het verlangen naar voorspelbaarheid van nadeelcompensatiebeslissingen, maar dat ten minste ook het belang bij meer en hogere vergoedingen daarbij een prominente rol speelt. Dat ondernemers hantering van betrekkelijk hoge drempels of kortingen onwenselijk achten is, bezien vanuit hun individuele positie, begrijpelijk. Dat maakt echter niet zonder meer dat hantering van dat soort drempels en kortingen, mede in het licht van de hiervoor bedoelde grondregel, onrechtmatig of onredelijk zou zijn.

In de praktijk wordt af en toe aan een bestuursorgaan tegengeworpen dat de gehanteerde drempel of korting ter afbakening van het normale ondernemersrisico niet is voorzien van een 'cijfermatige onderbouwing'. Het is onder meer de vraag of die eis aan de motivering van een drempel of korting gesteld kan worden. Meer in het bijzonder is

27 ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1222; ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0631; ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, *JB* 2013/11, m.nt. Schlössels, *Gst.* 2013/12, m.nt. Lagerweij-Duits, *BR* 2013/46, m.nt. Van Zundert, *O&A* 2013/36, m.nt. Roozendaal.

28 ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:192; ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2051; ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052; ABRvS 8 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9769, *AB* 2013/187, m.nt. Van Doorn-Hoekveld; ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105; ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6926.

het de vraag of de afbakening van het normale maatschappelijke risico een kwestie is van berekenen, of dat het veeleer een kwestie is van toerekenen.

Daarbij komt dat (mij) niet duidelijk is hoe een cijfermatige onderbouwing van een drempel of korting er uit zou moeten zien en welke objectieve cijfermatige maatstaven dienaangaande gehanteerd zouden moeten worden. Vooralsnog ga ik er van uit dat we hier van doen hebben met een waarderingsmaatstaf, waarvan de inhoud uiteraard niet door berekening, laat staan met mathematische precisie, kan worden vastgesteld.

VNO beroept zich in dit verband op een artikel van Horlings, dat als bijlage bij hun brief gevoegd is.²⁹ De kern van diens betoog, dat in de literatuur niet onbestreden is gebleven,³⁰ komt er op neer dat bij hantering van de 15%-drempel *‘een groot aantal serieus getroffen en verstoken (blijft) van een passende vergoeding van hun schade’*. Daarbij rijst onder meer de vraag welke objectieve maatstaf Horlings heeft gehanteerd bij het maken van het onderscheid tussen serieus getroffen en niet-serieus getroffen en welke objectieve maatstaf hij hanteert bij de invulling van het begrip ‘passende’ schadevergoeding. Dezelfde vragen kunnen worden gesteld bij de stelling van Horlings, inhoudende dat de uitkomsten van de methode waarbij de 15%-drempel wordt gehanteerd *‘tot voor getroffen ondernemers onaanvaardbare resultaten’* leiden en bij vergelijkbare kwalificaties die Horlings in zijn artikel hanteert. Zie ik het goed, dan hanteert Horlings goeddeels impliciet blijvende noties omtrent wat naar zijn inzichten aanvaardbaar, serieus, onevenredig, groot, ernstig en passend is. Nog het meest expliciet is hij als hij betoogt dat de regeling er toe zou moeten strekken *‘ernstige financiële problemen bij voorheen goed renderende ondernemers’* te voorkomen. Het is echter de vraag of dát een eis is waaraan een nadeelcompensatiebesluit zou moeten voldoen.

Het betoog van Horlings berust in belangrijke mate op rechtspolitieke argumenten waarbij de kwestie vooral bezien wordt vanuit het perspectief van de financiële problemen die ondernemers kunnen ondervinden als gevolg van overheidsmaatregelen. Daarmee wil ik geenszins betogen dat aan deze argumenten geen gewicht toekomt, maar ik wil wél aangeven dat de rechtspolitieke medaille in nadeelcompensatiekwesties ook een andere zijde heeft. Men leze er de verschillende conclusies van advocaat-generaal J. Spier over overheidsaansprakelijkheid maar eens op na.³¹ Het komt er kort gezegd op neer dat een uitbreiding van de aansprakelijkheid van de overheid, hoe men het wendt of keert, er toe leidt dat burgers en ondernemingen de rekening gepresenteerd krijgen. De aansprakelijkheid wordt immers via belastingen en heffingen op inwoners, inclusief ondernemers, afgewenteld, of leidt tot bezuinigingen. Ook dit zijn, naar ik meen, rechtspolitieke argumenten waaraan enig gewicht toekomt.

12 Tot slot

Ik geloof niet dat men te hoog gespannen verwachtingen moet hebben van de mogelijkheid om harde, concrete objectiveerbare criteria te formuleren die nadeelcompensatiebeslissingen voor ondernemers voorspelbaar maken. De omvang van winstderving en

29 E.H. Horlings, ‘Een (on)billijke drempel bij het toekennen van nadeelcompensatie’, *O&A* 2007, 108.

30 Zie bijvoorbeeld: M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 449.

31 Zie onder meer diens conclusies voor HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2010:BW0219, HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262 en HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193.

de omvang van eventuele extra kosten kunnen immers bezwaarlijk anders dan concreet berekend worden. Daarenboven dient de omvang van het normaal maatschappelijk risico nu eenmaal met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval beoordeeld te worden. Het is naar mijn mening een illusie te denken dat het mogelijk zal zijn over de hele linie van het nadeelcompensatierecht concrete criteria te formuleren die nadeelcompensatiebeslissingen eenvoudig voorspelbaar maken voor de betrokken ondernemers. Of er in een concreet geval afgeweken moet worden van de hoofdregel van het schadevergoedingsrecht, omdat er sprake is van een abnormaal en speciaal geval, blijft in belangrijke mate afhankelijk een beoordeling die is toegesneden op het concrete geval. Dat neemt niet weg dat er wel enige mogelijkheden zijn om de voorspelbaarheid en consistentie van nadeelcompensatiebesluiten en daarmee de rechtszekerheid te bevorderen. De voorspelbaarheid van bestuurlijke beslissingen en rechterlijke uitspraken staat of valt niet met het hanteren van harde criteria.³² Voorspelbaarheid neemt ook toe naarmate het bestuur, al dan niet op basis van een advies van een onafhankelijke adviseur, vollediger inzicht geeft in de gedachtegang die tot een nadeelcompensatiebesluit heeft geleid. Dit kan onder meer bevorderd worden door het hanteren van een duidelijke agenda van het debat, door de al dan niet van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen, door het formuleren van uitgangspunten ter zake van bepaalde typen schadeoorzaken en schades, en soms ook door het hanteren van objectieveerbare criteria die het mogelijk maken voor beperkte soorten schadeoorzaken en schades om het normale van het abnormale te onderscheiden. Het spreekt voor zich dat bij het bevorderen van de voorspelbaarheid de wisselwerking tussen bestuur en rechter een belangrijke rol speelt. De bestuursrechter bepaalt immers door het stellen van motiveringseisen de mate waarin het bestuur inzicht moet geven in de gedachtegang die tot een nadeelcompensatiebesluit heeft geleid. Via het consistentiebeginsel leidt het stellen van motiveringseisen tot een bestuurlijke praktijk en tot rechtspraak die sterk op analogieën, althans gevalsvergelijking en precedentwerking is gebaseerd. Daarmee wordt de voorspelbaarheid van nadeelcompensatiebesluiten bevorderd. De uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaak van de Hollandse Brug laten zien hoe in belangrijke mate aan de wensen van VNO op het punt van voorspelbaarheid kan worden voldaan.

Ik vermag voorts niet in te zien dat het zinvol zou kunnen zijn het in werking treden van de nadeelcompensatiebepalingen van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten uit te stellen totdat een handleiding met daarin objectieveerbare criteria tot stand is gekomen. Ook zonder die wettelijke bepalingen moet er immers omtrent toekenning van nadeelcompensatie besloten worden. Het belangrijkste verschil tussen de situatie met en zonder de wettelijke nadeelcompensatiebepalingen is er in gelegen dat thans de toegang tot de rechter in nadeelcompensatiegeschillen onnodig complex is.³³ Het is dát probleem dat met deze bepalingen vooral wordt opgelost. Een handleiding biedt dáárvoor geen oplossing.

32 In dezelfde zin: HR 27 november 2009, LJN BJ6596, NJ 2010/493 m.nt. Heerma van Voss onder NJ 2010/495; HR 12 februari 2010, LJN BK4472, NJ 2010/494 m.nt. Heerma van Voss onder NJ 2010/495, alsmede B.P.M. van Ravens, “Harde en snelle” regels bij de afbakening van het normale maatschappelijke risico?, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 359-380, i.h.b. p. 378-379.

33 Zie B.P.M. van Ravens, ‘Het nadeelcompensatiedoolhof’, *JBplus* 2009/3, p. 131-162, alsmede B.J. van Ettekoven, B.P.M. van Ravens & M.K.G. Tjepkema, ‘Waarom makkelijk als het moeilijk kan? Het vereiste van processuele connexiteit in het voorstel voor een Wet nadeelcompensatie’, *O&A* 2011/36, p. 58-68.

25 De functionele dader vóór en na de Vierde tranche

Kirsten van Leeuwen & Frank Vermeer¹

1 Inleiding

Bij de invoering van de Vierde tranche van de Awb per 1 juli 2009 (verder: de Vierde tranche) heeft de wetgever voor ogen gestaan verschillende onderdelen van hoofdstuk 5 Awb (Handhaving) te laten aansluiten bij het strafrecht. Dit vanuit de gedachte dat bestuurlijke sancties, zeker indien zij bestraffend van aard zijn, veel overeenstemming vertonen met strafrechtelijke sancties. Nodeloze verschillen tussen beide rechtsgebieden dienden te worden voorkomen. Een en ander heeft ertoe geleid dat verschillende strafrechtelijke leerstukken in de Vierde tranche zijn verwerkt.² Zo heeft de wetgever het leerstuk van het daderschap gebruikt ter invulling van het bestuursrechtelijke overtredersbegrip. In art. 5:1 lid 2 Awb is thans bepaald dat onder overtreder wordt verstaan: degene die een overtreding pleegt of medepleegt. Plegen en medeplegen zijn begrippen die rechtstreeks uit het strafrecht zijn overgenomen (art. 47 lid 1 Sr). Daarnaast is in art. 5:1 lid 3 Awb neergelegd dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen (vgl. art. 51 lid 1 Sr), terwijl voorts de artt. 51 lid 2 en lid 3 Sr van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Daarbij wordt aangetekend dat het toepassingsbereik van de betreffende bepalingen (titel 5.1 Algemene bepalingen) niet beperkt is tot bestraffende bestuurlijke sancties, maar zich ook uitstrekt tot herstelsancties.³

In het strafrecht is het leerstuk van het functioneel daderschap ontwikkeld. De achtergrond van het leerstuk is dat het bij de vraag wie de dader is van een strafbaar feit niet alleen moet gaan om degene die de overtreding feitelijk heeft gepleegd, maar tevens om de functioneel verantwoordelijke voor de overtreding. De functionele dader is – kort gezegd – degene aan wie op basis van bepaalde criteria, de gedraging van de feitelijke pleger (mede) wordt toegerekend. Het daderschap van de rechtspersoon vormt een in de wet geregelde toepassing van de leer van het functioneel daderschap.

In dit artikel wordt onderzocht hoe het functioneel daderschap zich de afgelopen decennia in het bestuursrecht heeft ontwikkeld. Ons onderzoek richt zich meer in het bijzonder op de vraag of na de invoering van de Vierde tranche, het strafrechtelijk leerstuk van

1 Dit artikel is deels een bewerking van de masterscriptie die de eerste auteur onder begeleiding van de tweede auteur heeft geschreven in het kader van haar studie Rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Groningen.

2 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 6-7.

3 Volgens het wetsvoorstel aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 754) worden voor het fiscale recht, in afwijking van de Awb, overigens doen plegen, uitlokking en medeplichtigheid, sanctioneerbaar met een bestuurlijke boete.

het functioneel ouderschap in de praktijk van de bestuurlijke *herstelsancties* daadwerkelijk wordt toegepast op het bestuurlijke overtredersbegrip. In dat kader gaat onze aandacht eerst uit naar de vraag wat is te verstaan onder het strafrechtelijke begrip plegen. Vervolgens gaan wij in op de inhoud van het leerstuk van het functioneel ouderschap. In het pre-Vierde tranche tijdperk heeft de bestuursrechter er meermaals blijk van gegeven een functionele toepassing van het ouderschapsbegrip niet uit de weg te gaan. Of de rechter zich daarbij volledig aansloot bij de strafrechtelijke criteria is echter twijfelachtig. Nagegaan wordt hoe de toepassing van het functionele daderbegrip zich vóór 1 juli 2009 verhield tot de toepassing daarvan in het strafrecht. Afsluitend behandelen wij de vraag of, nu de functionele dader in de Awb een plaats heeft gekregen en de wetgever zo heeft beklemtoond aansluiting te zoeken bij het strafrecht, in de jurisprudentie op het gebied van de herstelsancties zichtbaar is dat de bestuursrechter zich aan de bedoeling van de wetgever iets gelegen laat liggen. Hier en daar leggen wij ook een verbinding met het bestuurlijk bestraffend sanctierecht.

Hoewel Dick Lubach, de geadresseerde van het boek waarin dit artikel is opgenomen, zich voor zover wij weten, niet heeft bezig gehouden met onderwerpen op het raakvlak van het bestuursrecht en het strafrecht (Dick zelf kan ons over zijn publicaties niet informeren; hij heeft zijn publicaties niet geregistreerd en/of ordelijk opgeborgen), menen wij dat het onderwerp van dit artikel hem zeker zal interesseren. Zijn brede belangstelling voor het recht en meer in het bijzonder zijn rechtsgebiedoverstijgende onderzoek, staan daar borg voor.

2 Strafrechtelijk ouderschap

2.1 Normadressaatschap

Onder het strafrechtelijke begrip ouderschap valt zowel plegen als medeplegen. In deze paragraaf wordt het plegen in fysieke en functionele vorm behandeld. Vooraf gaat de volgende algemene opmerking over ‘het strafbare feit’ en de mogelijke daders. In principe zijn strafbare feiten opgenomen in delictsomschrijvingen die zich tot eenieder richten. Iedereen is in dat geval normadressaat en dus ook een potentiële dader bij overtreding van die norm. Dit geldt eveneens voor rechtspersonen indien dit, gelet op de aard van de norm, mogelijk is. Degene tot wie de norm zich *niet* richt, kan – in beginsel – niet als dader worden aangemerkt. Het komt ook regelmatig voor dat een delictsomschrijving zich in directe zin slechts richt tot normadressaten in een bepaalde kwaliteit, zoals tot de ouder of stiefouder in de incestbepaling (art. 249 lid 1 Sr), degene die in staat van faillissement verkeert (art. 340 e.v. Sr) of de ambtenaar die een ambtsmisdrijf begaat (art. 355 e.v. Sr).⁴ In die situatie kunnen alleen personen in de betreffende kwaliteit normadressaat zijn. De feitelijke dader die niet over de kwaliteit beschikt, blijft buiten schot.⁵

Normen die zich tot eenieder richten, lenen zich uiteraard ook voor toepassing op de functionele dader. Lastiger ligt het bij kwaliteitsdelicten. Het is in de strafrechtelijke literatuur omstreden of de kwaliteitseis alleen geldt voor degene die op grond van het wettelijk voorschrift in zijn kwaliteit rechtstreeks verantwoordelijk is voor de overtreding, of ook voor degene aan wie het feit kan worden toegerekend omdat hij maat-

4 J.de Hullu, *Materieel strafrecht*, Kluwer: Deventer 2012, p. 73-74.

5 Zie hiervoor ook H.E. Bröring & F.R.Vermeer, ‘De functionele dader in het bestuurlijk sanctierecht’, *JBplus* 2003, p.124-139.

schappelijk gezien daarvoor (mede) aansprakelijk is (de functionele dader). Het gaat bij functioneel ouderschap om een uitbreiding van de aansprakelijkheid tot een (rechts)persoon die, hoewel niet direct fysiek betrokken bij de strafbare handeling, daarvoor toch (mede) verantwoordelijk wordt gehouden.⁶ De Hullu heeft betoogd dat uitbreiding van de kring van strafrechtelijk verantwoordelijken in beginsel niet goed verenigbaar is met een beperking van de aansprakelijkheid tot degenen die een bepaalde kwaliteit bezitten. Voor die visie valt veel te zeggen. Daarbij komt dat de ratio van de aansprakelijkheid van de functionele dader veel minder ligt in handelingen die door hem zijn verricht in een bepaalde kwaliteit, dan in de verantwoordelijkheid die hij voor die handelingen draagt omdat hij – kort gezegd – erover kon beschikken dat die handelingen plaatsvonden. In bijzondere gevallen moet wellicht een uitzondering op deze ‘regel’ worden aanvaard.

2.2 Plegen

De actieve, fysieke handeling

Het strafrechtelijke ouderschap omvat in de eerste plaats het plegen van een strafbaar feit. ‘Plegen’ betekent dat een dader alle bestanddelen van een delictsomschrijving vervult. De kern van het plegen is ‘een gedraging’.⁷ Deze gedraging moet meer omvatten dan een enkele gedachte; de gedraging moet ‘uiterlijk waarneembaar’ zijn.⁸ Om van plegen te kunnen spreken is dus minstens een gedraging nodig die onder een handelingsbestanddeel van een delictsomschrijving valt. Deze gedraging kan een actieve, fysieke handeling zijn. Bijvoorbeeld diefstal: in de wettelijke delictsomschrijving heeft de wetgever ‘het wegnemen van een goed’ strafbaar gesteld. Dit type delicten staat bekend als commissiedelicten.

Fysiek nalaten

Ten tweede is het mogelijk dat fysiek nalaten leidt tot het plegen van een strafbaar feit. In dat geval is geen sprake van een actieve handeling, maar van een fysieke handeling door na te laten. Te denken valt aan doodslag: hij die een ander opzettelijk van het leven berooft.⁹ Dit feit kan in de eerste instantie gepleegd worden door middel van een actieve gedraging. Het is echter ook mogelijk iemand van het leven te beroven door handelen achterwege te laten. Gitter geeft als voorbeeld ‘de ouders die hun kind willens en wetens onthouden van voeding en zorg (sic).’¹⁰ Deze delicten duidt men ook wel als oneigenlijke omissiedelicten.

Nalaten

Er bestaan ook eigenlijke omissiedelicten, waarin nalaten expliciet strafbaar is gesteld. Het niet-doen van de verplichte aangifte inkomstenbelasting is daarvan voorbeeld.¹¹ Daarnaast is een gedraging ook mogelijk zonder duidelijk fysiek te handelen. Zie bij-

6 Conform De Hullu a.w., p. 159.

7 De Hullu a.w., p. 147.

8 W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse Strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 86-87.

9 Art. 287 Sr.

10 E. Gitter, ‘Functioneel plegen door een natuurlijk persoon’, in: J.B.J. van der Leij, *Plegen en deelnemen*, Kluwer: Deventer 2007, p. 4.

11 Art. 69 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

voorbeeld art. 2 sub c Opiumwet: ‘het is verboden een harddrug van lijst I aanwezig te hebben.’

2.3 Functioneel plegen

Van functioneel plegen is sprake als het handelen van een rechtssubject aan een ander verantwoordelijk rechtssubject wordt toegerekend, omdat hij maatschappelijk gezien voor de schending van de norm verantwoordelijk wordt gehouden. Het gaat daarbij om een uitbreiding van de mogelijkheden voor aansprakelijkstelling.¹² Toerekening kan op verschillende manieren plaatsvinden. In de eerste plaats kan de gedraging van een natuurlijk persoon aan een ander natuurlijk persoon of een rechtspersoon worden toegerekend. Daarnaast is het ook mogelijk dat de gedraging van een rechtspersoon aan een natuurlijk persoon wordt toegerekend.

In de volgende paragrafen behandelen wij het leerstuk van het functioneel daderschap aan de hand van de twee genoemde vormen. Daarbij is eerst aandacht voor het functioneel plegen op basis van een strafbaar feit begaan door een natuurlijk persoon. Vervolgens komt de rechtspersoon als dader aan de orde. In dat verband behandelen wij ook de bijzondere deelnemingsvormen ‘feitelijk leidinggeven’ en ‘opdracht geven’ op basis van een strafbaar feit, gepleegd door een rechtspersoon.¹³

2.3.1 Functioneel plegen op basis van gedraging natuurlijk persoon

De eerste vorm van functioneel plegen is die waarbij de fysieke gedraging van een natuurlijk persoon aan een ander rechtssubject (een natuurlijk persoon of rechtspersoon) kan worden toegerekend. Wanneer is daarvan sprake? Volgens de Hoge Raad in het IJzerdraad-arrest kunnen handelingen van de feitelijke pleger slechts dan als handelingen van de functioneel pleger worden aangemerkt ‘indien verdachte erover vermocht te beschikken of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard.’¹⁴

Het gedrag van een fysieke pleger kan dus aan een functionele pleger worden toegerekend, indien deze functionele pleger de *beschikkingsmacht* had over de verboden gedraging en *deze gedraging heeft aanvaard*.¹⁵ Het hebben van beschikkingsmacht houdt in dat de functionele pleger zeggenschap heeft gehad over de verboden gedraging. Dit betekent dat eigenmachtig en onbevoegd optreden van een feitelijke pleger, bijvoorbeeld een werknemer, geen basis biedt voor functioneel daderschap van de directeur.

Voorts moet de functionele pleger de gedraging hebben aanvaard. Dit aanvaardingscriterium heeft volgens De Hullu subjectieve en objectieve kenmerken. Het criterium vertoont aan de subjectieve zijde ‘vooral gelijkenis met het opzetvereiste.’ De objectieve zijde bestaat volgens vaste jurisprudentie uit ‘het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid kon worden gevestigd met het oog op de voorkoming van de gedraging.’¹⁶ Hier-
van is volgens De Hullu bijvoorbeeld sprake bij onvoldoende instructie, scholing, con-

12 De Hullu a.w., p. 153.

13 In deze gevallen kan soms ook sprake zijn van medeplegen. Deze mogelijkheid blijft hier buiten bespreking.

14 HR 23 februari 1954, *NJ* 1954/378, m.nt. Röling (IJzerdraad-arrest).

15 Het functioneel daderschap ziet niet alleen op plegen, maar ook op medeplegen; vgl. HR 30 mei 2006, *NJ* 2006/315.

16 De Hullu a.w., p. 157.

trole of toezicht. Knigge acht ‘een te subjectieve invulling van het aanvaardingscriterium niet goed te rijmen met de inhoud van het functioneel ouderschap, aangezien de objectieve zijde van de strafrechtelijke gedraging in dat geval centraal staat (verantwoordelijk stellen voor).’ Indien het criterium echter te subjectief wordt ingevuld, zou ‘opzet vereist zijn terwijl voor strafrechtelijke overtredingen opzet niet noodzakelijk is.’¹⁷ De Hullu betoogt dat de objectieve en subjectieve kant niet haarscherp te onderscheiden zijn. Volgens hem blijft ‘een zekere intentionaliteit noodzakelijk om de eigen verantwoorde-lijkheid van de functionele dader te construeren.’^{18 19} Op het belang van deze discussie komen wij terug bij de bespreking van het functionele ouderschap in het bestuursrecht.

2.3.2 De rechtspersoon als dader, een functionele constructie

Het IJzerdraad-arrest ziet op de toerekening van gedragingen aan natuurlijke personen. Art. 51 lid 1 Sr (idem het huidige art. 5:1 lid 3 Awb) maakt het mogelijk dat ook een rechtspersoon als pleger kan worden aangemerkt. De rechtspersoon is een juridische constructie en kan dus geen fysieke dader zijn. Daarom wordt bij het ouderschap van een rechtspersoon altijd over ouderschap in de functionele zin gesproken. Op grond van het zgn. Drijfmest-arrest gelden daarbij aanvullende criteria, naast de criteria die volgens het IJzerdraad-arrest voor natuurlijke personen worden gehanteerd. In het Drijfmest-arrest komt de vraag aan de orde wanneer een gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend.

Volgens de Hoge Raad is het antwoord op die vraag ‘afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging.’ Een oriëntatiepunt bij de toerekening is ‘of de gedraging heeft plaatsgevonden, dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon.’ Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon kan – aldus de Hoge Raad – sprake zijn als:

1. ‘het een handelen of nalaten van iemand betreft die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking, hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
2. de gedraging past binnen de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
3. de gedraging de rechtspersoon dienstig is geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf;
4. de rechtspersoon erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet plaats zou vinden;
5. de rechtspersoon zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken heeft aanvaard.’²⁰

In het arrest is over het aanvaardingscriterium bepaald dat daaronder ‘mede is begrepen het niet betrachten van de zorgvuldigheid die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging’ (cursief van ons: KMvL/FRV). In de strafrechtelijke literatuur wordt er vanuit gegaan dat deze objectiverende, sterk op

17 G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over ouderschap’, *DD* 1992, p. 141.

18 De Hullu a.w., p. 157.

19 Zie in deze zin ook: E. Sikkema, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend in Nederland’, in: E. Sikkema & P. Waeterinkx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevend - in economische context (Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 44-46.

20 HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006/328, m.nt. Mevis (Drijfmest-arrest).

nalaten geënte uitwerking, uit een oogpunt van rechtseenheid ook betekenis heeft voor de functionele dader.²¹

Opmerking verdient dat met rechtspersonen niet alleen de privaatrechtelijke, maar ook publiekrechtelijke rechtspersonen worden bedoeld. Publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals de Staat of een gemeente, hebben wat betreft hun strafrechtelijke aansprakelijkheid een bijzondere positie. Die positie blijft in deze bijdrage verder buiten bespreking.

2.3.3 Feitelijk leidinggeven en opdracht geven

Ingevolge art. 51 lid 2 Sr kan, indien een strafbaar feit is begaan door een rechtspersoon, de vervolging worden ingesteld 'tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging'. Hoewel feitelijk leidinggeven en opdracht geven (verder kortweg ook aangeduid als: leidinggeven) onder omstandigheden zekere functionele aspecten vertonen (zie hierna bij de Slavenburgcriteria), zijn leidinggevers en opdrachtgevers (verder ook: leidinggevers) in strikte zin geen functionele daders. De functionele pleger dient zelf aan alle bestanddelen van de delictsomschrijving te voldoen, terwijl bij de leidinggever sprake is van een afgeleide aansprakelijkheid van die van de rechtspersoon, met bijzondere eisen voor het opzet (het opzet dient gericht te zijn op zowel het leidinggeven als op het grondfeit). Bovendien betreft het functionele handelen een algemene gedraging, terwijl het bij feitelijk leidinggeven gaat om de specifieke gedraging leidinggeven.²²

Gelet op de relatie die met het functioneel ouderschap bestaat, is het zinvol bij deze vormen van deelneming stil te staan. Een extra argument daarvoor vinden wij in de nog te bespreken jurisprudentie van de Afdeling: in ieder geval in de pre-Vierde tranche periode heeft de Afdeling de begrippen feitelijk leidinggeven en opdracht geven in betekenissen gebruikt die afwijken van de inhoud van deze begrippen in het strafrecht (zie § 3.2.3).

Feitelijk leidinggeven

Feitelijk leidinggeven is een vorm van deelneming aan een strafbare handeling gepleegd door een rechtspersoon. Als deelnemingsvorm vertoont het veel overeenstemming met medeplegen, uitlokking en doen plegen. De rechtspersoon en de leidinggever kunnen zowel samen als ieder afzonderlijk aansprakelijk worden gehouden voor het strafbare feit.

Volgens art. 51 lid 2 Sr dient voordat sprake kan zijn van strafbaar feitelijk leidinggeven, vast te staan dat een rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan (het gronddelict) waaraan leiding kon worden gegeven: het accessoriteitsvereiste.²³ Aan De Hullu kan het volgende worden ontleend. Leidinggeven veronderstelt een zekere macht, invloed en verantwoordelijkheid ten aanzien van het strafbare feit. Er moet opzet zijn op het

21 De Hullu, a.w., p. 155 e.v., met verwijzingen naar W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in ouderschap', in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 532, en E. Gritter, 'Functioneel plegen door een natuurlijk persoon', in: J.B.J. van der Leij, *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 20-22 en 28-31.

22 De Hullu a.w., hoofdstuk VII.

23 Wat niet betekent dat de rechtspersoon ook daadwerkelijk wordt of kan worden veroordeeld voor het grondfeit; zie De Hullu a.w., p. 153 e.v.

leidinggeven en op het strafbare feit dat door de rechtspersoon is begaan. Juridische verhoudingen zijn niet doorslaggevend. Iemand die formeel geen zeggenschap had, kan toch leidinggever zijn. Andersom is juridische macht onvoldoende om als leidinggever te worden aangemerkt; het gaat niet om een soort risicoaansprakelijkheid.²⁴

De minimumvereisten voor het leidinggeven, komen uit de bekende Slavenburg-jurisprudentie. De Hoge Raad heeft in het tweede Slavenburg-arrest bepaald dat van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake kan zijn indien 'de desbetreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen'.²⁵

Opdracht geven

Naast feitelijk leidinggeven is het ook mogelijk een rechtspersoon opdracht te geven tot het plegen van een strafbaar feit. Opdracht geven duidt op een 'initiërende rol en actieve betrokkenheid bij de totstandkoming van het delict'.²⁶ Daarin verschilt opdracht geven van feitelijk leidinggeven, omdat het enkele toelaten dat delicten zich voordoen voor opdracht geven onvoldoende zal zijn. De Hoge Raad benadrukt dat opdracht geven onder omstandigheden een 'algemeen karakter kan hebben' en dat 'niet steeds bewezen hoeft te worden dat tot elk concreet in de tenlastelegging opgenomen gedraging afzonderlijk opdracht is gegeven'.²⁷

Tot slot verdient opmerking dat opdracht geven in de praktijk een kleine rol vervult, omdat het een enger begrip is dan feitelijk leidinggeven. De opdrachtgever is doorgaans ook leidinggever. Daarom wordt 'meestal gemakshalve vervolgd voor feitelijk leidinggeven'.²⁸

3 De bestuursrechtelijke overtreder vóór de Vierde tranche

3.1 De bestuursrechtelijke overtreding

In de Awb waren tot de invoering van de Vierde tranche geen definities opgenomen van de begrippen overtreding en overtreder. In de inleiding is uiteengezet dat de wetgever bij de invoering van de Vierde tranche zich ten doel heeft gesteld het bestuursrechtelijke overtredersbegrip aan te laten sluiten bij het strafrechtelijke daderschapsbegrip. Voordat de huidige stand van zaken onder de loep wordt genomen, bezien wij in dit hoofdstuk hoe de bestuursrechter vóór de invoering van de Vierde tranche het bestuursrechtelijke overtredersbegrip toepaste, meer speciaal wat betreft de functionele dader.

In het bestek van deze bijdrage is het niet mogelijk uitvoerig in te gaan op het begrip overtreding zoals dat tot juli 2009 in het bestuursrecht werd gehanteerd. Wij menen dat er voldoende grond is – zie voor bronnen de noten bij deze subparagraaf – voor de constatering dat de invulling die aan het begrip in de jurisprudentie is gegeven overeenstemt met de definitie van het begrip in art. 5:1 van de Vierde tranche: een gedraging

24 De Hullu a.w., hoofdstuk 7; HR 24 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1508, *JM* 2004/118, m.nt. Koopmans (Yaks en Meishanvarkens).

25 HR 16 december 1986, *NJ* 1987/321, m.nt. 't Hart (Slavenburg 2).

26 J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 110.

27 HR 23 oktober 1984, *NJ* 1985/319 (S. BV).

28 J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007: p. 111.

die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Het begrip ‘gedraging moet daarbij in ruime zin worden opgevat (doen of nalaten)’.^{29 30}

3.2 De bestuursrechtelijke overtreder vóór de Vierde tranche

De ‘gedraging in strijd met een bij of krachtens de wet gesteld voorschrift’ moet door iemand zijn begaan. In deze paragraaf komt aan bod wie vóór 2009 als bestuursrechtelijke overtreder kon gelden. Dit is van belang om te achterhalen of sinds de invoering van de Vierde tranche dezelfde voorwaarden aan een overtreder worden gesteld als daarvoor. Meer in het bijzonder gaan wij na of het bestuurlijk sanctierecht ‘werkte’ met een functioneel dadersbegrip en wat de inhoud van dat begrip was.³¹

3.2.1 Overtreder algemeen - normadressaatschap

Evenals voor het strafrecht geldt in het bestuurlijk sanctierecht dat te sanctioneren feiten zijn opgenomen in – wij gebruiken een aan het strafrecht ontleende term – delictomschrijvingen die zich tot eenieder of tot bepaalde personen met een specifieke kwaliteit richten. De bestuursrechtelijke doctrine verschilt hier niet van de strafrechtelijke.³² In het eerste geval is iedereen normadressaat en dus potentiële pleger van de overtreding van die norm.³³ Indien een wettelijk voorschrift van een overtreder een bepaalde kwaliteit vereist, kan degene die in de betreffende kwaliteit heeft gehandeld alleen pleger zijn. Wij herhalen dat de kwaliteitseis geldt voor degene die op grond van het wettelijk voorschrift in zijn kwaliteit rechtstreeks verantwoordelijk is voor de overtreding; de eis geldt in beginsel niet ook voor een ander aan wie het feit kan worden toegerekend omdat hij maatschappelijk gezien daarvoor (mede) aansprakelijk is (de functionele dader) (zie § 2.3.2).

3.2.2 De fysieke overtreder

Het overtredersbegrip in het bestuursrecht is met name ontwikkeld in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Volgens deze jurisprudentie is in ieder geval overtreder ‘degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk schendt’ of – in andere woorden – degene ‘die de verboden handeling fysiek verricht’.^{34 35} Wie

29 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 77. Zie ook: art. 5:32 lid 2 Awb (oud): een dwangsom kan worden opgelegd terzake van een ‘overtreding’. Voorts *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 151 waarin het begrip ‘verboden handeling’ voorkomt. Een voorbeeld van een bepaling uit een bijzondere wet waarin het begrip ‘overtreding’ wordt gebruikt, biedt art. 101 Geneesmiddelenwet: de overtreding van het bepaalde bij of krachtens die wet kan worden bestraft met een bestuurlijke boete.

30 Zie ook P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2005, p. 7.

31 Om deze vergelijking tussen de oude en nieuwe situatie het beste te kunnen maken, bespreken wij het overtredersbegrip van vóór 2009 in het navolgende daarom zoveel mogelijk in het licht van de (sinds de invoering van de Vierde tranche van toepassing verklaarde) strafrechtelijke indeling van daders (pleger, feitelijk leidinggever, opdrachtgever).

32 Zie bijv. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1 Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag: Boom 2013, p. 649.

33 Damen e.a. a.w. 2013, p. 649.

34 ABRvS 16 november 2005, *AB* 2005/438 (Vuilniszakken Rotterdam).

35 ABRvS 15 oktober 2008, *AB* 2008/364, m.nt. Michiels (CZL/Tilburg).

in een bepaald geval als fysieke overtreder kan worden aangemerkt, hangt af van de formulering van het specifieke wettelijke voorschrift in kwestie: bijvoorbeeld degene die feitelijk heeft gebouwd zonder in het bezit te zijn van een vergunning of degene die in strijd met een wettelijk voorschrift een verboden toestand feitelijk laat voortbestaan.

In § 2.3.2 is behandeld dat nu rechtspersonen juridische entiteiten zijn en dus geen fysieke handelingen kunnen verrichten, het slechts mogelijk is een natuurlijke persoon als fysieke overtreder aan te merken. In het strafrecht is hiervoor een oplossing gevonden door in art. 51 lid 1 Sr te bepalen dat strafbare feiten ook door een rechtspersoon kunnen worden begaan: een functionele constructie. Zou deze ‘strafrechtelijke’ opvatting ook in het bestuursrecht worden aangehangen, dan zou zonder een specifieke wettelijke bepaling waarin is neergelegd dat een rechtspersoon pleger kan zijn, een rechtspersoon in het bestuursrecht strikt genomen niet als pleger aangemerkt kunnen worden. We zullen zien dat de bestuursrechter in het pre-Vierde tranche tijdperk deze dogmatische barrière met groot gemak slechtte, namelijk door te doen alsof hij er niet was.

3.2.3 Functionele redeneringen in het bestuursrecht

Eindverantwoordelijkheid

De Afdeling heeft in verschillende zaken een min of meer functionele redenering gevolgd ter vaststelling van het overtreederschap van een bij de overtreding betrokken (rechts)persoon. Daarbij stond het begrip ‘eindverantwoordelijkheid’ in relatie tot het begrip ‘opdracht’ centraal.

In *Baggerwerkzaamheden in de Vecht* (2002) overweegt de Afdeling dat naast degene die de verboden handeling fysiek verricht, als overtreder kan worden aangemerkt degene die de *opdrachtgever* van de baggerwerkzaamheden is geweest en dus als *eindverantwoordelijke* in juridische zin dient te worden beschouwd voor het uitvoeren van de werkzaamheden zonder vergunning.³⁶ Opmerkelijk aan deze uitspraak is dat handelingen aan de opdrachtgever worden toegerekend, omdat hij juridische eindverantwoordelijk is, zonder dat vastgesteld is in welke mate hij bij de (wijze van) uitvoering van de werkzaamheden is betrokken. De Afdeling acht in *Woningontruiming Brunssum* (2002) en *Woningbouwvereniging Patio* (2002) woningbouwverenigingen *verantwoordelijk* voor de overtreding van de Apv (het plaatsen van inboedels op de openbare weg), aangezien zij hebben beslist tot ontruiming en de *opdrachten* daartoe aan de deurwaarders hebben verstrekt. Als opdrachtgevers hebben de corporaties *het in hun macht de overtreding te voorkomen* (cursief van ons: KMvL/FRV).³⁷

Uit de aangehaalde drie uitspraken blijkt dat (eind)verantwoordelijkheid een criterium is om een overtreding aan iemand te kunnen toerekenen, zonder dat diegene de overtreding feitelijk heeft begaan. De opdrachtgever voor bepaalde werkzaamheden is, indien daarbij een overtreding wordt gepleegd, aan te merken als eindverantwoordelijke en mitsdien als overtreder. Daarbij is van belang dat de opdrachtgever het in zijn macht had om de illegale toestand te voorkomen. In de zaak *Baggerwerkzaamheden in de Vecht*

36 ABRvS 3 juli 2002, AB 2002/311, m.nt. Michiels (*Baggerwerkzaamheden in de Vecht*).

37 ABRvS 7 november 2001, AB 2002/177, m.nt. Jurgens, *Gst.* 7157/6, m.nt. Boesveld (*Woningontruiming Brunssum*) en ABRvS 17 juli 2002, AB 2003/78, m.nt. Vermeer (*Woningbouwvereniging Patio*).

is onduidelijk in welke mate de opdrachtgever betrokken was bij of zelfs maar op de hoogte was van de overtredingen. De criteria 'eindverantwoordelijkheid' en het 'in zijn macht hebben om de overtreding te voorkomen' doen sterk denken aan het criterium 'beschikkingmacht over de verboden gedraging' dat we uit het strafrechtelijke leerstuk voor het functioneel ouderschap kennen.

Toerekeningsformule

In *CZL/Tilburg B.V.* maakt de Afdeling gebruik van een 'toerekeningsformule'.³⁸ Zij overweegt dat overtreder is 'degene die het wettelijk voorschrift daadwerkelijk schendt'. Als zodanig is aan te merken: 1) degene die de verboden handeling fysiek verricht, en 2) in bepaalde gevallen degene die, hoewel hij de overtreding niet zelf feitelijk begaat, voor de overtreding verantwoordelijk kan worden gehouden, nu de handeling aan hem is toe te rekenen. Deze formulering wordt sindsdien bij dit type daders standaard door de Afdeling gebruikt.

Degene met feitelijke zeggenschap – de feitelijke leidinggever

In de jurisprudentie van de Afdeling komt in het kader van een functionele opvatting van het ouderschap ook het criterium 'feitelijke zeggenschap' voor. Dit criterium vloeit voort uit de rechtspraak van vóór 2009 over inrichtingen in de zin van de Wet milieubeheer (Wm). Het criterium werd gebruikt ter invulling van het begrip 'degene die de inrichting drijft' en was dus vrij specifiek.³⁹ Degene die de feitelijke zeggenschap heeft, is drijver van een inrichting en dus overtreder in de zin van de Wm is. De Afdeling heeft later bepaald dat degene met 'feitelijke zeggenschap' degene is die 'het in zijn macht heeft een einde te maken aan een overtreding'.⁴⁰

In *Teka* stond het overtreederschap van de rechtspersoon niet ter discussie. Het probleem was dat Teka failliet was gegaan en de kosten van de toepassing van bestuursdwang niet op haar konden worden verhaald. Kon de bedrijfsleider voor deze kosten worden aangesproken? Volgens de Afdeling was bepalend 'wie zeggenschap heeft over de inrichting, waarbij vooral van belang is wie het in zijn macht heeft de overtreding te beëindigen.' De bedrijfsleider was belast met de dagelijkse leiding over de onderneming en in die rol had hij ook zeggenschap met betrekking tot de gang van zaken binnen de inrichting. Kostenverhaal op hem was mogelijk.⁴¹ In het strafrecht zou de bedrijfsleider van Teka via de weg van de strafrechtelijke deelnemingsvormen van het feitelijk leidinggeven en opdracht geven, gestraft kunnen zijn.

In *Booij Clean* wordt de enig directeur van de overtredende rechtspersoon als overtreder aangemerkt, nu hij 'opdracht heeft gegeven tot de verboden lozingen, dan wel daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, althans deze niet heeft verhinderd alhoewel zulks gegeven de door hem beklede functie in zijn macht lag'.⁴² De Afdeling gebruikt hier de uit

38 ABRvS 15 oktober 2008, *AB* 2008/364, m.nt. Michiels, *JB* 2008/56. (*CZL/Tilburg B.V.*).

39 ABRvS 31 juli 1998, *AB* 1999/45, m.nt. Knijff (PWF Aroma Chemicals) en ABRvS 19 augustus 1996, *AB* 1997/14 m.nt. Van Buuren (Kusters/Susteren).

40 Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 april 1997, *AB* 1999/43 (Besselsen/Ermelo).

41 ABRvS 27 maart 2001, *AB* 2002/102 m.nt. Blomberg (*Teka*).

42 ABRvS 24 februari 1984, *AB* 1984/480, m.nt. Otten. (*Booij Clean*) Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 81.

het strafrecht bekende termen ‘opdracht geven’ en ‘feitelijk leidinggeven’ letterlijk. Niet duidelijk is evenwel of het strafrechtelijk begrippenkader hier wordt toegepast en aldus doorwerkt in het bestuursrecht.

Opdrachtgever in het strafrecht en het bestuursrecht: twee betekenissen

Bij een en ander moet het volgende in het oog worden gehouden. De opdrachtgever in het bestuursrecht, zoals deze in diverse hiervoor besproken uitspraken van de Afdeling naar voren treedt, dient men te onderscheiden van de opdrachtgever in het strafrecht. In het strafrecht geldt een aparte *deelnemingsvorm* voor opdrachtgevers (zie § 2.3.3); de strafrechtelijke opdrachtgever of leidinggever is in beginsel *geen* functionele dader. Deze deelnemingsvorm maakt het mogelijk een opdrachtgever in de vorm van een natuurlijke persoon (mede) aansprakelijk te stellen voor een strafbaar feit begaan door een rechtspersoon. Dit is bedoeld om de aansprakelijkheid ten aanzien van natuurlijke personen uit te breiden, zodat een opdrachtgever zich niet kan verschuilen achter een rechtspersoon. In het strafrecht is vereist dat het (voorwaardelijk) opzet van de opdrachtgever gericht is op het grondfeit en op het opdrachtgeven. In het bestuursrecht uit de periode vóór de Vierde tranche is de opdrachtgever een component van een functioneel dadersbegrip, waarbij een overtreding fysiek gepleegd door een natuurlijke persoon aan een andere natuurlijk persoon of een rechtspersoon kan worden toegerekend, indien deze als opdrachtgever kan worden aangemerkt. Anders gezegd: de bestuursrechtelijke opdrachtgever kan ook zonder overtreding van een rechtspersoon, overtreder zijn, indien de fysieke overtreding aan hem kan worden toegerekend op basis van een mate van (eind)verantwoordelijkheid (functioneel daderschap). Daarbij betreft het bovendien niet per se uitsluitend de opdracht tot het uitvoeren van de specifieke verboden handeling. Bijna steeds gaat het om een opdracht voor een complex van handelingen (bijvoorbeeld de – als zodanig legale – opdracht om baggerwerkzaamheden te verrichten), waarvan de illegale handeling een onderdeel is. Het begrip ‘opdrachtgever’ in het bestuursrecht is dus functioneel van aard, een begrip dat bovendien veel ruimer is dan het in het strafrecht gebruikte begrip ‘opdrachtgever’ (zie ook § 3.2.3).

3.2.4 Volgt de Afdeling de lijn van de Hoge Raad?

De Afdeling volgt met haar benadering van het functioneel daderschap niet steeds (geheel) dezelfde lijn als de Hoge Raad. Een uitspraak waarin de opvatting van de Afdeling is uitgewerkt op een vergelijkbare wijze als in het IJzerdraad-arrest of het Drijfmest-arrest, is er bij ons weten niet. De Afdeling volstaat met een globale aanduiding – om niet te zeggen een ‘circulus in probando’ – zoals bijvoorbeeld: betrokkene ‘is voor de overtreding verantwoordelijk, omdat de handeling aan hem is toe te rekenen’ of betrokkene ‘is als opdrachtgever voor de werkzaamheden eindverantwoordelijk’. Daaraan voegen wij voor de volledigheid toe dat ook in het strafrecht niet altijd expliciet, omstandig en stelselmatig aandacht wordt geschonken aan de criteria voor het functioneel daderschap.⁴³

Aanvaarding?

Uit de jurisprudentie van de Afdeling komt niet duidelijk naar voren of het strafrechtelijke criterium voor functioneel daderschap ‘aanvaarding van de gedraging’ (waaronder mede wordt begrepen: het niet betrachten van zorg die in redelijkheid kon worden

43 Zie nader Bröring & Vermeer a.w., p. 124-139.

gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging) door haar van toepassing werd geacht in het bestuursrecht en zo ja, in hoeverre. Anders gezegd: moet de verantwoordelijke in het bestuursrecht een overtreding werkelijk hebben aanvaard – intentioneel of eventueel door de overtreding op de koop toe te nemen – of wordt hij geacht de overtreding zonder meer te aanvaarden, omdat hij als opdrachtgever van bepaalde activiteiten fungeerde en daarmee beschikkingsmacht had over (eindverantwoordelijke voor) het plaatsvinden van de overtreding? Hieronder stellen we enige uitspraken aan de orde waarin het aanvaardingscriterium geen rol lijkt te hebben gespeeld. Eerst echter nog iets meer over het aanvaardingscriterium.

In § 2.3.1 is uiteengezet dat het aanvaardingscriterium in het strafrecht bestaat uit een subjectief element (een vorm van opzet op of eventueel bewustzijn van de overtreding) en een meer objectief element (het niet betrachten van zorg). In het kader van bestuursrechtelijke herstelsancties kan men geneigd zijn een puur objectieve benadering het meest passend te achten. Opzet noch verwijtbaarheid met betrekking tot de verboden gedraging is immers noodzakelijk voor het opleggen van een herstelsanctie. Een lastig punt is hoever deze objectivering in het kader van de oplegging van bestuurlijke herstelsancties dient te strekken. Wij stellen ons op het standpunt dat, nu het gaat om het dragen van verantwoordelijkheid voor een door een ander feitelijk gepleegde overtreding, (ook) bij het opleggen van een herstelsanctie aan een functionele dader, heeft te gelden dat betrokkene in ieder geval een beperkte mate van intentionaliteit met betrekking tot de aanvaarding aan de dag heeft gelegd. Verantwoordelijkheid impliceert toch een zekere subjectieve gesteldheid bij de functionele overtreder. Betreft het de oplegging van een bestraffende sanctie, dan zal aan de subjectieve zijde van de handeling meer gewicht moeten toekomen, aangezien een bestraffende sanctie alleen opgelegd kan worden als de overtreder een verwijt valt te maken van de door hem gepleegde normschending (vgl. art. 5:41 Awb).

Een zeer ruime opvatting van het functionele daderbegrip

Hiervoor noemden wij al *Baggerwerkzaamheden in de Vecht* waarin de Afdeling handelingen aan de opdrachtgever toerekent, omdat hij juridische eindverantwoordelijke voor de opdracht is, zonder dat is vastgesteld in welke mate hij betrokken is geweest bij de (wijze van) uitvoering van de werkzaamheden. Deze methode van toerekenen is stellig niet zonder meer inpasbaar in de criteria ‘beschikkingsmacht’ en ‘aanvaarding’.⁴⁴ Wij bespreken nog twee andere uitspraken van de Afdeling waarin de grenzen van de functionele aansprakelijkheid wel erg ruim worden getrokken.⁴⁵

In *Drugspand Apeldoorn* (2010; de Vierde tranche was nog niet van toepassing) staat art. 174a Gemeentewet centraal.⁴⁶ In art. 174a Gemw is de bestuursdwangregeling uit hoofdstuk 5 Awb onder meer wat betreft de mogelijkheid van verhaal van de kosten van de woningontzuiming van overeenkomstige toepassing verklaard. De professionele verhuurder van een pand waarin door de bewoners in drugs wordt gehandeld, is volgens de Afdeling ‘tot op zekere hoogte verantwoordelijk’ voor het gedrag van haar huurders in en rondom het pand (cursief van ons: KMvL/FRV). Hij wordt als overtreder aangemerkt;

⁴⁴ Zie nader Bröring & Vermeer a.w., p. 124-139.

⁴⁵ ABRvS 3 juli 2002, AB 2002/311, m.nt. Michiels (*Baggerwerkzaamheden in de Vecht*).

⁴⁶ ABRvS 13 oktober 2010, AB 2010/330, m.nt. Vermeer (*Drugspand Apeldoorn*).

de kosten van de bestuursdwang kunnen op hem worden verhaald. '[T]ot op zekere hoogte verantwoordelijk' is een te vaag criterium ter vaststelling van functioneel daderschap. De verantwoordelijkheid dient zodanig te zijn dat de verboden handeling kan worden toegerekend. Wij zouden denken dat voor de beantwoording van de vraag of dat het geval is, aangesloten zou moeten worden bij de IJzerdraad-criteria in combinatie met het ook voor natuurlijke personen te hanteren aanvaardingscriterium uit het Drijfmest-arrest. In de motivering van de uitspraak dient uitdrukkelijk te worden nagegaan of aan die criteria is voldaan.

Een derde uitspraak betreft *CZL/Tilburg* (2008).⁴⁷ Bij CZL is brand uitgebroken. De brandweer verricht bluswerkzaamheden. Verontreinigd bluswater stroomt in het oppervlaktewater. Er is sprake van strijd met art. 1 Wvo (het zonder vergunning met behulp van een werk brengen van verontreinigende stoffen in het oppervlaktewater). Het waterschap past ter voorkoming van verspreiding van de verontreiniging bestuursdwang toe en verhaalt de kosten op CZL. Volgens de Afdeling moet CZL als overtreder van art. 1 Wvo worden aangemerkt, omdat de bluswerkzaamheden van de brandweer en daarmee de verontreiniging van het oppervlaktewater feitelijk moeten worden geacht in opdracht van CZL te zijn verricht. Wij kunnen deze redenering niet volgen. Los van het feit dat de brandweer, als het gaat om het blussen van branden, zich door particulieren geen opdrachten laat geven, is er door CZL zeker geen opdracht gegeven het oppervlaktewater te verontreinigen. Het begrip 'opdracht' is hier zo ver opgerekt dat het van zijn betekenis is ontdaan. In dit verband moet ook worden gewezen op de uitspraak *Brandende oplegger* (2000), waarin de Afdeling een veel acceptabelere benadering volgde: de brandweer blust een brand in een oplegger geladen met landbouwgif. Het verontreinigde water stroomt in het oppervlaktewater. De eigenaar van de oplegger is *geen* overtreder van art. 1 Wvo, aangezien de verontreiniging is ontstaan door een opeenvolging van gebeurtenissen, die zich aan de invloed van appellant onttrokken, te weten brandstichting en het blussen door de brandweer.⁴⁸

Probeert men de uitspraak *CZL/Tilburg* te plaatsen binnen de door de Hoge Raad gehanteerde criteria – feitelijke beschikkingsmacht en aanvaarding, waaronder mede is begrepen het niet betrachten van de zorgvuldigheid die in redelijkheid kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging – dan loopt de weg dood. CZL kon niet feitelijk beschikken over de activiteiten van de brandweer, terwijl uit de uitspraak niet blijkt van enige onzorgvuldigheid (aanvaarding) aan de zijde van CZL wat betreft het voorkomen van de brand of het afvloeien van het bluswater naar de omringende sloten (de verontreiniging met behulp van een werk van het oppervlaktewater).

3.3 Conclusie bestuursrechtelijke overtreder vóór 2009

Vóór 2009 was een bestuursrechtelijke overtreder van wettelijke voorschriften waartegen met het opleggen van een herstelsanctie kon worden opgetreden, degene die de overtreding fysiek verrichtte (vergelijkbaar met de fysieke pleger uit het strafrecht) óf degene aan wie de overtreding kon worden toegerekend. Hoewel zij in haar uitspraken

47 ABRvS 15 oktober 2008, *AB* 2008/364, m.nt. Michiels, *JB* 2008/256 (*CZL/Tilburg*).

48 ABRvS 29 september 2000, *JB* 2000/304, m.nt. Albers (*Brandende oplegger*). In deze uitspraak gaat het om preventieve handhaving, maar dat is voor de hier besproken problematiek zonder betekenis.

het begrip ‘functionele dader’ nooit heeft gebruikt, is duidelijk dat de Afdeling in haar rechtspraak voor het toerekenen van overtredingen aan een ander dan de fysieke overtreder, in ieder geval met een schuin oog heeft gekeken naar het strafrechtelijke leerstuk van het functioneel ouderschap. De termen (eind)verantwoordelijkheid en beschikingsmacht komen rechtstreeks uit het strafrecht. Daarnaast kon degene met feitelijke zeggenschap als bestuursrechtelijke overtreder worden aangemerkt.

De Awb kende vóór 2009 echter geen specifieke grondslag voor de toepassing van het functioneel ouderschap in het bestuursrecht. Zo bevatte de Awb, anders dan het WvS (art. 51 Sr), geen bepaling waarin de mogelijkheid is geschapen om een rechtspersoon als pleger aan te merken. De Afdeling deed daar echter niet moeilijk over: een rechtspersoon kon pleger zijn. In het strafrecht is volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad vereist dat de gedraging heeft plaatsgevonden, dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Het valt op dat de Afdeling in tegenstelling tot de Hoge Raad geen specifieke, aanvullende eisen aan rechtspersonen als functionele ouders stelt. Voorts is het onduidelijk of de Afdeling het uit het IJzerdraad-arrest en het Drijfmest-arrest stammende aanvaardingscriterium toepaste. In enkele uitspraken wordt een zeer ruim functioneel overtrederbegrip gehanteerd. Het aanvaardingscriterium lijkt daarin geen rol te spelen.

Overzien zien wij de jurisprudentie van de Afdeling, dan komen wij tot de conclusie dat de Afdeling tot 2009 weliswaar functioneel aandoende redeneringen volgde, maar dat de daarbij gebruikte criteria soms dermate ruim en vaag zijn, dat niet gezegd kan worden dat zij algemeen toepassing gaf aan de leer van het functioneel ouderschap naar de normen zoals die zijn ontwikkeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad, en deels zijn neergelegd in art. 51 Sr. Duidelijk is dat iemand daardoor vrij gemakkelijk als functioneel overtreder kon worden aangemerkt.

4 De bestuursrechtelijke overtreder vanaf 1 juli 2009; strafrechtelijke dader als bestuursrechtelijke overtreder?

4.1 Vooraf

Uit de MvT bij de Vierde tranche volgt dat de wetgever het bestuursrechtelijke overtrederbegrip grotendeels in overeenstemming wilde brengen met het strafrechtelijke ouderschapbegrip.⁴⁹ De wetgever heeft deze bedoeling onder meer geconcretiseerd door in de Awb art. 5:1 Awb op te nemen. In dit hoofdstuk onderzoeken wij of deze bedoeling in de bestuursrechtspraak na invoering van de Vierde tranche tot uitdrukking is gekomen of had moeten komen. Wij richten ons daarbij op de vraag of het in de rechtspraak toegepaste bestuursrechtelijk overtrederbegrip in overeenstemming is met het functionele ouderschapbegrip uit het strafrecht. Daarbij merken wij op dat er nog betrekkelijk weinig uitspraken van de Afdeling zijn waarin aan een functionele dader een herstelsanctie wordt opgelegd.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 79 e.v. Zie ook paragraaf 3.2.

4.2 Pleger

Het nieuwe art. 5:1 lid 2 Awb bepaalt: ‘onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.’ De begrippen plegen en medeplegen vinden hun oorsprong in het strafrecht. Wie is in het huidige bestuursrecht ‘degene die de overtreding pleegt?’ Sinds de invoering van de Vierde tranche blijkt dat de wetgever onder het begrip ‘plegen’ in het bestuursrecht niet alleen de fysieke pleger, maar ook de functionele pleger verstaat.⁵⁰

4.3 Fysieke pleger

Over de fysieke pleger kunnen we kort zijn. Uit hoofdstuk 3 bleek al dat met de enkele introductie van het strafrechtelijke begrip ‘plegen’ in de Awb inhoudelijk niets zou veranderen ten opzichte van de situatie van vóór de invoering van de Vierde tranche. Zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht was immers voor ‘plegen’ toen al vereist dat iemand zich fysiek gedroeg (door een handelen of nalaten) in strijd met het bij of krachtens de wet bepaalde. De fysieke pleger speelde en speelt in de jurisprudentie op het gebied van herstelsancties een centrale rol.⁵¹

4.4 Functionele pleger

Sinds de invoering van de Vierde tranche wordt het strafrechtelijke leerstuk van het functioneel daderschap volgens de wetgever toegepast in het bestuursrecht. De strafrechtelijke criteria van functioneel daderschap zijn dus in principe op de bestuursrechtelijke functionele overtreder van toepassing. De functionele overtreder als natuurlijk persoon moet in dat geval beschikkingsmacht over de overtreding hebben en deze overtreding hebben aanvaard.⁵² Voor rechtspersonen gelden in het strafrecht aanvullende criteria, zodat niet alleen de eisen van beschikkingsmacht en aanvaarding gelden, maar ook de eis dat de overtreding moet hebben plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon, en dergelijke. Hiervan is sprake indien de fysieke overtreder werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon, de overtreding past binnen de normale bedrijfsvoering en de gedraging dienstig is aan de rechtspersoon.⁵³ Voor zover de Afdeling vóór 2009 stelselmatig of incidenteel een ander of globaler functioneel daderbegrip heeft gehanteerd dan in het strafrecht, mag men gelet op de bedoelingen van de wetgever veronderstellen dat zij en andere bestuursrechters de komende jaren op dat punt de criteria zullen toepassen die in het strafrecht zijn ontwikkeld.

50 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 73 e.v.

51 Rb. Rotterdam 30 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2590 (ITC Reisclub): ‘in de bestuursrechtelijke rechtspraak omtrent daderschap wordt aangesloten bij het strafrechtelijke systeem. Evenals in het strafrecht, is het uitgangspunt dat de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan degene die de overtreding pleegt. Dit kan zijn degene die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het delict vervult’ (boetezaak).

52 HR 23 februari 1954, *NJ* 1954/378, m.nt. Röling (IJzerdraad-arrest).

53 HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006/328, m.nt. Mevis (Drijfmest-arrest).

4.5 De natuurlijke persoon als functionele overtreder

Een voorbeeld van een recente opvatting van de Afdeling over de functionele overtreder in de vorm van een natuurlijk persoon, biedt de zaak *Leidsche Vliet* van 27 maart 2013.⁵⁴ In deze zaak is een olieachtige substantie, afkomstig van het schip van appellant, terecht gekomen in het oppervlaktewaterlichaam, de Leidsche Vliet. De wettelijke norm die overtreden zou zijn en waarvoor appellant door het Hoogheemraadschap verantwoordelijk wordt gehouden, is art. 6.2 lid 1 aanhef en onder c Waterwet: 'Het is verboden om zonder een daartoe strekkende vergunning stoffen in een oppervlaktelichaam te brengen, tenzij' [...]. Appellant heeft aangevoerd dat derden een slang hebben doorgesneden waardoor zijn schip is gezonken. Ten gevolge daarvan heeft de verontreiniging plaatsgevonden. Dit betoog is door beide rechterlijke instanties aannemelijk geacht. In ieder geval gaat zowel de rechtbank, als de Afdeling ervan uit dat de substantie niet door een fysieke handeling van appellant in de Leidsche Vliet is gebracht.

Is appellant dan wellicht functionele dader? Ja, oordeelt de rechtbank met een verwijzing naar de (door ons bekritiseerde) uitspraak *CZL/Tilburg*: de verontreiniging kan aan appellant als eigenaar van het schip worden toegerekend. Nee, beslist de Afdeling, eveneens verwijzend naar *CZL/Tilburg*. Appellant is – aldus de Afdeling – geen opdrachtgever tot het verrichten van de handelingen. Zij kunnen hem ook niet anderszins worden toegerekend. Het enkele feit dat de olieachtige substantie afkomstig is uit zijn schip, is onvoldoende om hem als overtreder aan te merken. De kosten van de toegepaste bestuursdwang kunnen niet op hem worden verhaald.

De rechtbank heeft uit de uitspraak *CZL/Tilburg* kennelijk afgeleid dat in gevallen als deze sprake is van een soort van bestuursrechtelijke risicoaansprakelijkheid. En, zoals gezegd, tot die opvatting geeft de CZL-uitspraak ook wel enige aanleiding (zie § 3.2.3). De Afdeling redeneert echter anders. Er zijn hier onverlaten aan het werk geweest die zonder toestemming het afgemeerde schip van appellant hebben betreden en vervolgens zijn overgegaan tot het plegen van vernielingen. Appellant is bij deze kwestie alleen in die zin betrokken dat hij eigenaar van het schip was. In de functionele terminologie van de Hoge Raad: hij had geen feitelijke beschikkingsmacht over de handelingen van de vandalen, evenmin heeft hij deze aanvaard. Van enige intentionaliteit blijft niet.^{55 56}

De conclusie van de Afdeling lijkt ons juist. Anders dan in *CZL/Tilburg* wordt de eigenaar van het schip hier niet via een soort risicoredenering – louter omdat hij eigenaar is van het schip – aansprakelijk gehouden voor de bestuursdwangkosten. Wel moet de kanttekening worden gemaakt dat de Afdeling haar 'oude' functionele redenering volgt en, na te hebben overwogen dat appellant geen opdrachtgever was, min of meer uit het niets met de conclusie komt dat de handelingen van de vandalen ook 'niet anderszins' aan appellant kunnen worden toegerekend. Helemaal mee eens!, maar de motivering van de uitspraak zou overtuigender zijn als de Afdeling gewerkt zou hebben met de begrippen 'beschikkingsmacht' en 'aanvaarding'. Het valt daarnaast op dat de Afdeling

54 ABRvS 27 maart 2013, *AB* 2013/181, m.nt. Vermeer, *JM* 2013/63, m.nt. Kortmann. (Leidsche Vliet).

55 De uitspraak *Leidsche Vliet* doet sterk denken aan HR 24 mei 2005, *JM* 2006/32, m.nt. Koopmans (Verladen gasolie): de enkele omstandigheid dat verdachte eigenares van het schip was, is onvoldoende om haar als functionele dader aan te merken van overtreding van art. 1 Wvo jo art. 4 Uitvoeringsbesluit Wvo.

56 Zie ook rechtbank Breda 27 februari 2013, *JM* 2013/49, m.nt. Kortmann & Onrust (Holding Gerard Spiering BV).

(nog) niet verwijst naar art. 5:1 Awb, waarin toch het overtrederbegrip uit de Awb is gedefinieerd.

Deze in globale verwoordingen vervatte motivering kan mogelijk als volgt worden verklaard. Met de invoering van de algemene titel 5.1 in de Awb heeft de wetgever wat betreft de toepasselijkheid van definities (wie is overtreder?) geen onderscheid gemaakt naar verschillende typen sancties (herstelsancties of bestraffende sancties). Dit betekent dat de strafrechtelijke leerstukken en art. 51 Sr niet alleen gelden voor de bestraffende sanctie, maar ook voor de herstelsanctie. Niet valt uit te sluiten, dat de Afdeling in het kader van herstelsancties, in afwijking van de bedoeling van de wetgever, niet wil aansluiten bij de strafrechtelijke criteria voor het functioneel ouderschap, maar haar eigen bestuursrechtelijke criteria wil blijven gebruiken. Als dat het geval is, valt te betreuren dat de Afdeling haar opvatting niet expliciteert.

Wij menen bovendien dat er geen beletsel is om de strafrechtelijke criteria ook met betrekking tot herstelsancties toe te passen. Met het leerstuk van het functioneel ouderschap is immers al met al slechts een methode ontwikkeld ter uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, waarbij een overtreding aan een ander dan de fysieke overtreder kan worden toegerekend. Wij kunnen niet inzien dat dit ten aanzien van bestuurlijke herstelsancties niet mogelijk zou zijn. Vormt het punt dat voor herstelsancties geen verwijtbaarheid is vereist, dan een belemmering? Ook die vraag moet ontkennend worden beantwoord. De functionele leer vergt niet meer dan dat de functionele overtreder beschikkingsmacht had over de overtreding, een objectief criterium, en dat hij deze overtreding heeft aanvaard (waaronder een eveneens meer objectief criterium valt: het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid kan worden verwacht). Slechts voor het aanvaardingscriterium kan, zoals wij hebben betoogd in § 3.2.3, het feit dat de functionele dader verantwoordelijk wordt gesteld voor de daad van een ander, het bestaan van een zekere mate van intentionaliteit onder bepaalde omstandigheden als voorwaarde gelden. Overigens is het zo dat in het overgrote merendeel van de gevallen waarin een herstelsanctie wordt opgelegd, zich een bepaalde vorm van intentionaliteit en zelfs van uitdrukkelijke verwijtbaarheid voordoet.⁵⁷

4.6 De feitelijk leidinggever of opdrachtgever

In § 3.2.3 is opgemerkt dat feitelijke leidinggevers of opdrachtgevers voor 2009 in de vaste rechtspraak van de Afdeling via een functionele redenering als overtreder werden aangemerkt. In afwijking van het strafrecht gold daarbij niet als voorwaarde dat betrokkene leidinggever was aan een strafbaar feit begaan door een rechtspersoon. Art. 5:1 lid 3 Awb zal dus in zoverre tot een verandering leiden in het bestuursrecht dat beide begrippen, indien zij toegepast worden in de betekenis van art. 51 lid 2 Sr, uitsluitend gebruikt kunnen worden in relatie tot een grondfeit gepleegd door een rechtspersoon. Voorts moet daarbij worden bedacht dat de strafrechtelijke begrippen feitelijk leidinggeven en opdracht geven geen functionele begrippen zijn. Het voorheen in het bestuursrecht toegepaste begrip feitelijk leidinggever/opdrachtgever zal, indien is voldaan aan de criteria van het algemene functionele oudersbegrip, in dat begrip kunnen opgaan.

57 Een onderzoek naar de vraag hoe vaak en in welk type gevallen een herstelsanctie wordt opgelegd aan iemand die geen enkel verwijt gemaakt kan worden voor de overtreding, zou interessante resultaten kunnen opleveren.

Er zijn sinds 2009 enkele uitspraken gedaan, waarin de problematiek van het feitelijk leidinggeven aan de orde komt.

In de uitspraak *Hotel Bernstorff aan Zee* gaat het om het hotel met die naam op Schiermonnikoog. Het hotel staat onder rechtstreeks beheer van Graaf Bernstorff Exploitatie BV. Appellant, een natuurlijk persoon, heeft het via enige andere rechtspersonen bij Graaf Bernstorff Exploitatie BV en daarmee bij Hotel Bernstorff aan Zee voor het zeggen. In strijd met art. 2.1 lid 1 Wabo is op het terrein van Hotel Bernstorff aan Zee een Pagodetent geplaatst. B&W hebben een last onder dwangsom opgelegd aan appellant, omdat hij via zijn controle over de andere rechtspersonen in staat kan worden geacht de overtreding ongedaan te maken. Daarom moet hij als overtreder worden aangemerkt. Deze redenering is onjuist: voor de vraag of iemand overtreder is in de zin van art. 5:1 lid 2 Awb is niet van betekenis of hij de overtreding ongedaan kan maken. In dit geval lag het meest voor de hand de route te volgen via de rechtspersoon Graaf Bernstorff Exploitatie BV als overtreder (zie art. 5:1 lid 3 Awb juncto art. 51 lid 2 Sr) met appellant als opdracht- of leidinggever aan wie de last onder dwangsom kan worden opgelegd. Relevant criterium: een initiërende rol en actieve betrokkenheid van appellant bij de totstandkoming van het delict (zie uitvoeriger § 2.3.3).⁵⁸ Het lijkt erop dat i.c. aan de genoemde criteria is voldaan. De Afdeling past de criteria echter niet toe.

In *Erfafscheiding Den Haag* is het van hetzelfde laken een pak. Een natuurlijk persoon wordt als functioneel overtreder aangemerkt op basis enerzijds van het feit dat hij zeggenschap had over de plaatsing en omvang van de gewraakte heg, en anderzijds op grond van het feit dat ‘hij het in zijn macht had de overtreding te beëindigen.’ Ook hier past de Afdeling de voor een last onder dwangsom geldende eis dat de (functionele) overtreder ‘het in zijn macht moet hebben de overtreding te beëindigen’ dus in zoverre verkeerd toe dat dit criterium wordt gebruikt om het (functioneel) overtredersbegrip in te vullen. Mogelijk bedoelde de Afdeling in beide zaken te overwegen dat de betrokken persoon het in zijn macht had de overtreding te voorkomen. Daarmee zou een zuivere functionele redenering zijn gevolgd.⁵⁹

Het CBB gebruikte in *Functionele dader illegaal zenden* in een zaak betreffende een illegale zendinstallatie waarin zowel een bestuurlijke boete, als een last onder dwangsom was opgelegd, als enig criterium voor het overtrederschap van appellant dat hij maatregelen had kunnen nemen om te voorkomen dat het radiozendapparaat met zijn antenne-installatie werd verbonden. Appellant had de overtreding dus kunnen voorkomen. Nu appellant dit niet heeft gedaan, is hij – aldus het CBB – terecht als functioneel dader aangemerkt.⁶⁰

Op het terrein van het bestuurlijke *bestraffende* sanctierecht heeft de bedoeling van de wetgever tot toepassing van het strafrechtelijke overtredersbegrip in het bestuursrecht wel zijn sporen nagelaten. In *Wegener/NMa* heeft de NMa de rechtspersoon Wegener N.V., leden van de Raad van Bestuur (hierna RvB) en de leden van de Raad van Commissarissen van Wegener (hierna: RvC) beboet vanwege het niet naleven van bepaalde vergunningvoorschriften. De rechtbank Rotterdam overweegt: ‘om als feitelijk leiding-

58 ABRvS 17 april 2013, AB 2013/401, m.nt. Vermeer (Hotel Bernstorff aan Zee).

59 ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2084 (Erfafscheiding Den Haag).

60 CBB 27 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:2 (Functionele dader illegaal zenden).

gever te kunnen worden aangemerkt, [moet] de functionaris een leidinggevende positie [...] bekleden (bestuurders, managers, afdelingshoofden en dergelijke). De beoordeling of een functionaris is aan te merken als feitelijk leidinggever is een feitelijke toets. De enkele statutaire status is daarbij van ondergeschikte betekenis. Om te bepalen of sprake is van feitelijk leidinggeven zijn het beschikkingscriterium en aanvaardingscriterium leidend. Van feitelijk leidinggeven is sprake indien de betreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van een gedraging achterwege heeft gelaten en bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de beboetbare gedraging zich zou voordoen. Dit wordt aangeduid met de term 'voorwaardelijk opzet'. De functionaris wordt dan geacht opzettelijk de verboden gedraging te hebben bevorderd. De bewuste aanvaarding van het risico dat de verboden gedraging zich zou voordoen hoeft niet betrekking te hebben op de beboete gedraging als zodanig. Er is voldaan aan het criterium 'bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden,' indien de functionaris (globaal) op de hoogte was van soortgelijke gedragingen binnen de onderneming.^{61 62 63 64}

4.7 Functionele overtreder (rechtspersoon)

In het kader van de functionele overtreder in de vorm van een rechtspersoon geldt in beginsel hetzelfde als hiervoor aan bod is gekomen bij de natuurlijke persoon. Daarnaast gelden op grond van het strafrecht voor een rechtspersoon aanvullende eisen naast de criteria beschikkingsmacht en aanvaarding. De overtreding moet ook hebben plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon. Hiervan is volgens het Drijfmest-arrest (samengevat) sprake indien de fysieke overtreder werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon, de overtreding past binnen de normale bedrijfsvoering en de gedraging dienstig is aan de rechtspersoon.⁶⁵ In het arrest is over het aanvaardingscriterium bepaald dat daaronder 'mede is begrepen het niet betrachten van de zorgvuldigheid die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging'.

In *Chemie-Pack Nederland BV* volgt de Afdeling een benadering die, hoewel vervat in

61 Rb. Rotterdam 27 september 2012, *JOR* 2012/323, m.a. Lieveer onder *JOR* 2004/105, *Ondernemingsrecht* 2013/16, m.a. Custers. Op grond van de aangehaalde overweging is de rechtbank van oordeel dat op goede gronden bestuurlijke boetes zijn opgelegd aan diverse leden van de RvB. De leden van de RvC ontspringen de dans, omdat hun rol slechts bij uitzondering te verenigen is met het begrip feitelijk leiding geven. Een commissaris moet dan ook – aldus de rechtbank – een bijzondere, voor een commissaris atypische rol binnen de onderneming hebben, wil hij als feitelijk leidinggevende kunnen worden gekwalificeerd. Zie ook Rb. Arnhem 28 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX0911 (Mesthandel Lingewaard).

62 Zie hiervoor ook E. Lachnit & M. Aelen, 'Rechtbank Rotterdam stelt grens aan het opleggen van persoonlijke boetes aan leden Raad van Commissarissen 2013', *TvT* 2013/1, p. 84-85.

63 Zie ook J. van Bekkum, 'Risicoaansprakelijkheid leidinggevers voor persoonlijke bestuurlijke boetes. Tijd voor debat', *Ondernemingsrecht* 2013/114, p. 1-11. Volgens Van Bekkum zijn door de AFM, DNB en de ACM bestuurlijke boetes opgelegd aan de leidinggevers, terwijl onvoldoende vaststond dat hen een persoonlijk verwijt trof.

64 Zie ook CBB 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:117 (Worm in software). Het College past hier in het kader van een boetezaak het criterium 'beschikkingsmacht' toe conform het door de Hoge Raad ontwikkelde criterium: geen sprake van functioneel ouderschap.

65 HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006/328 m.nt. Mevis. (Drijfmest-arrest).

andere bewoordingen, gelijk is aan die in *CZL/Tilburg* (de laatstgenoemde uitspraak stamt uit het pre-Vierde tranche tijdperk (2008)). In januari 2011 heeft brand gewoed in het bedrijfspand van Chemie-Pack te Moerdijk. Chemie-Pack bewerkt en verpakt chemische producten. Bij de brand is verontreinigd bluswater terecht gekomen in sloten bij het bedrijfsterrein. Om verspreiding van de verontreinigde stoffen te voorkomen zijn verschillende sloten afgedamd. Er dreigde echter overstroming van de in de sloten gecreëerde buffer. Het DB van het waterschap Brabantse Delta achtte het in verband daarmee noodzakelijk het verontreinigde water in deze buffer te verwijderen en ter verwerking af te voeren en voorts de verontreinigde bodem en oever van de sloten te verwijderen en eveneens af te voeren. Het DB heeft spoedeisende bestuursdwang aangezegd terzake van overtreding van art. 6.2 Waterwet (kort gezegd: het is verboden zonder vergunning stoffen te brengen in het oppervlaktewater) en Chemie-Pack als overtreder aangemerkt op wie de kosten worden verhaald.

De Afdeling overweegt dat de overtreding niet feitelijk door Chemie-Pack is gepleegd nu niet is gebleken dat zij aan de bluswerkzaamheden heeft deelgenomen die hebben geleid tot de verontreiniging van het oppervlaktewater. De overtreding is echter wel aan Chemie-Pack toe te rekenen, omdat 'de gevolgen van de bestrijding van de brand moeten worden toegerekend aan het bedrijf ten aanzien waarvan de bluswerkzaamheden zijn verricht. De brandbestrijding in een bedrijf door de brandweer moet in het algemeen worden geacht de gevolgen van die brand te beperken en de gevolgen daarvan kunnen aan het bedrijf worden toegerekend. De stelling dat de bluswerkzaamheden ook ter bescherming van naastgelegen bedrijven en het algemeen belang dienen, leidt niet tot een ander oordeel.'⁶⁶

Begrijpen wij deze redenering goed – de aangehaalde overweging verdient bepaald geen schoonheidsprijs – dan wordt, indien als gevolg van de bestrijding van een brand in een bedrijf een overtreding wordt gepleegd, die overtreding aan dat bedrijf toegerekend omdat de brandbestrijding ten doel had de gevolgen van de brand (schade) te beperken. In deze redenering is het overtredderschap (art. 5:1 Awb) geheel losgekoppeld van enige gedraging, met inbegrip van een functionele 'gedraging' van degene die als overtreder wordt aangemerkt. Daarmee plaatst de Afdeling haar opvatting op grote afstand van de strafrechtelijke leer van het functioneel daderschap (terwijl de wetgever juist aansluiting van het bestuursrecht bij het strafrecht heeft beoogd). De overweging is niet specifiek op Chemie-Pack gericht, maar algemeen geformuleerd. De vraag rijst echter of zij algemeen bedoeld is: geldt de opvatting van de Afdeling ook als de brand het gevolg is van brandstichting in een bedrijf (of een woning) of van een calamiteit of als het bedrijf zelf al is uitgebrand op het moment dat de brandweer arriveert, maar is overgeslagen naar aangrenzende bedrijven? Kortom: als de brand en de gevolgen daarvan zich aan de invloed van de eigenaar/exploitant van de brandende zaak onttrekken. Wij verwijzen naar de uitspraken *Brandende oplegger* en *Leidsche Vliet*, waaruit valt af te leiden dat de Afdeling de opgeworpen vragen ontkennend zou beantwoorden (zie § 3.2.3).

In onze optiek ontbreekt er dus een grondslag om de kosten tot herstel van de overtreding van art. 6.2 Waterwet ten laste van CP NL te brengen: CP NL is feitelijke noch functionele dader.⁶⁷ Men kan het maatschappelijk onwenselijke vinden dat CP NL de

66 ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90 (Chemie-Pack Nederland BV), AB 2014/144 m.nt. Vermeer. Zie ook ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:102 (Chemie-Pack Onroerend Goed BV), AB 2014/145 m.nt. Kortmann.

67 Nog afgezien van de betekenis van art. 5:5 Awb. Zie noot 68.

kosten van het herstel van de verontreiniging niet moet dragen, maar wel moet worden bedacht dat een en ander in belangrijke mate te maken heeft met de keuze van het ‘delict’ dat door Brabantse Delta aan de basis is gelegd van de last onder bestuursdwang. Het is onvoldoende mogelijk een directe juridische relatie te leggen tussen de overtreding van art. 6.2 en CP NL als mogelijke overtreder.

De zaak zou er mogelijk heel anders hebben uitgezien als het DB van het waterschap CP NL had aangepakt daar waar het bedrijf werkelijk tekort geschoten is, dat is in de fase vóór de brand. Ingevolge art. 6.8 Waterwet rustte op CP NL een zorgplicht om – kort gezegd – alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van haar konden worden verlangd om verontreiniging van het oppervlaktewater te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken. In de strafzaak tegen CP NL heeft de strafkamer van rechtbank Breda de directeur en twee leidinggevendenden van Chemie-Pack veroordeeld voor schuld aan het ontstaan van de brand en het overtreden van vergunningsvoorschriften (Rb. Breda, 21 december 2012, ECLI:NL:RBBE:2012:BY7000 (*Chemie-Pack Nederland/strafzaak*)). Het vonnis rechtvaardigt de conclusie dat het bedrijf heeft gefaald in het nemen van maatregelen ter voorkoming van brand en daarmee voor het ontstaan van gevaarlijke of onwenselijke situaties met de opgeslagen chemische stoffen, bijvoorbeeld afvloeiing naar het oppervlaktewater bij het blussen van de brand. Wij menen dat daardoor het niet naleven van de zorgplicht ex art. 6.8 Waterwet vast staat. Als het DB van Brabantse Delta de last onder bestuursdwang dus gegrond zou hebben op art. 6.8 Waterwet, dan zou men CP NL als de feitelijke overtreder van de zorgplicht hebben kunnen aanmerken; geen toerekeningsproblematiek, geen behoefte aan functionele redeneringen.^{68 69}

4.8 Conclusie functionele overtreder na 2009

De wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen in de Vierde tranche diverse begrippen over te nemen uit het strafrecht met als doel de beide rechtsgebieden op elkaar te laten aansluiten. Wat betreft de problematiek van de functionele dader zijn in het strafrecht uitgekristalliseerde en algemeen aanvaarde strafrechtelijke criteria ontwikkeld. Voor de natuurlijke persoon gelden in het strafrecht kortweg de criteria ‘beschikkingsmacht’ en ‘aanvaarden’ (waaronder valt: het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid mag worden verwacht). Voor de rechtspersoon gelden vergelijkbare criteria, aangevuld met de criteria uit het Drijfsmest-arrest. Niettemin blijft de bestuursrechter in de tot nu toe verschenen – tamelijk schaarse – jurisprudentie op het gebied van herstelsancties en functionele daders, gebruik maken van de ‘oude’ bestuursrechtelijke criteria. Dat betekent niet dat als de bestuursrechter de strafrechtelijke criteria zou gebruiken, per definitie in alle zaken tot een andere uitkomst zou worden gekomen. Het bezwaar tegen

68 Er speelt in dit type zaken nog een heel andere kwestie. Voor de brandweer bestaat ongetwijfeld een rechtvaardigingsgrond ex art. 5:5 Awb voor de overtreding van art. 6.2 Waterwet. Als dat zo is, kan terzake van de overtreding geen een last onder bestuursdwang worden opgelegd met kostenverhaal, ook niet aan Chemie-Pack (overigens heeft Chemie-Pack zich hierop niet beroepen). Een lastige, delicate kwestie waarop wij in het bestek van dit artikel niet verder kunnen ingaan. Zie daarvoor nader de in noot 66 genoemde noot van Vermeer bij AB 2014/144.

69 Zie voor toepassing van de strafrechtelijke criteria in een bestuurlijke boetezaak Rb. Rotterdam 14 januari 2013, ECLI:RBROT:2013:BY9426 (Bel-me-niet-register): een rechtspersoon die aan een callcenter opdracht had gegeven tot telefonische werving, is aansprakelijk voor door werknemers van het callcenter gevoerde telefoongesprekken in strijd met de Bel-me-niet bepalingen uit de Telecommunicatiewet.

de bestuursrechtelijke criteria is echter dat zij weinig specifiek zijn (bijv. 'toerekenen') en niet, althans niet zichtbaar en controleerbaar, alle relevante aspecten van het functioneel ouderschap omvatten. Daardoor gaapt er in diverse uitspraken van de Afdeling een grote kloof tussen háár functionele redeneringen en het strafrechtelijk leerstuk van het functioneel ouderschap (CZL/Tilburg, *Chemie-Pack*).

De Afdeling heeft voor de vraag of een persoon als functionele overtreder kon worden aangemerkt voorts ten onrechte relevant geacht of betrokkene (via zijn controle over enige rechtspersonen) het in zijn macht had de overtrekking te beëindigen. Dit criterium doet in het kader van de vaststelling van het overtrederschap niet terzake. Anderzijds lijkt de Afdeling in *Leidsche Vliet* afscheid te nemen van het eerder in *CZL/Tilburg* ingenomen standpunt dat het enkel zijn van eigenaar of gebruiker van het goed waardoor of waarmee (waarop, door middel waarvan, etc.) de overtrekking is gepleegd voldoende is om een overtrekking aan iemand te kunnen toerekenen.

5 Conclusie

De bestuursrechter heeft in de loop der tijd, ook na invoering van de Vierde tranche, ter beantwoording van de vraag of sprake was van een functionele dader, andere, globalere, criteria gebruikt dan de in het strafrecht gevormde criteria. Naar onze opvatting dient de bestuursrechter de strafrechtelijke criteria in zijn jurisprudentie op het gebied van zowel herstelsancties als bestraffende sancties tot uitgangspunt te nemen en dit ook in zijn formulering tot uitdrukking te brengen. Het strafrechtelijke begrippenkader is specifiek en meer uitgewerkt dan het bestuursrechtelijke. Het gebruik daarvan kan ertoe leiden dat diepgaander wordt nagedacht en gemotiveerd waarom al dan niet sprake is van functioneel ouderschap en welke gevolgen dit heeft voor de toepassing van herstelsancties. Het punt dat voor herstelsancties geen verwijtbaarheid is vereist, vormt geen belemmering voor toepassing van de strafrechtelijke criteria voor functioneel ouderschap. De functionele leer vergt niet meer dan dat de functionele overtreder beschikkingsmacht had over de overtrekking, een objectief criterium, en dat hij deze overtrekking heeft aanvaard (waaronder een meer objectief criterium valt: het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid kan worden verwacht). Slechts voor het aanvaardingscriterium kan het feit dat de functionele dader verantwoordelijk wordt gesteld voor de daad van een ander, het bestaan van een zekere mate van intentionaliteit onder bepaalde omstandigheden als voorwaarde gelden.

26 Het dictum van het advies en het besluit op bezwaar

Heinrich Winter

1 Inleiding

Het werk van Dick Lubach ligt overwegend op het terrein van overheid en privaatrecht en het bouwrecht. Maar ook zijn kennis van het bestuursprocesrecht moet niet worden onderschat. De onderwijskwaliteiten van Dick komen in het onderwijs aan master-studenten goed tot hun recht en ook als docent van het vak Bestuursprocesrecht (het bachelorvak Bestuursrecht 3) stond hij zijn mannetje. Tijdens de voorbereidingen van de werkgroepen was de inbreng van Dick waardevol. Over één van de discussies die daar regelmatig voorbij kwamen gaat deze bijdrage: de duidelijkheid van het dictum van het advies en het besluit op bezwaar.

Dat bestuursorganen veel kunnen verbeteren in het verkeer met burgers blijkt telkens opnieuw. Burgers zijn vaak ontevreden als het gaat om inspraakprocedures en de behandeling van bezwaarschriften. Ook de tevredenheid over het verloop van rechterlijke beroepsprocedures is niet altijd vanzelfsprekend. Voor de legitimiteit van overheidsop-treden en het vertrouwen in het bestuur is de afgelopen jaren veel aandacht. Dat blijkt onder meer uit het project 'Prettig contact met de overheid' van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Deze thematiek trekt ook de academische aandacht. Het onderzoeksprogramma waarin de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen participeert, draagt als naam 'Public Trust and Public Law'.

Spanningen in de relatie tussen bestuur en burger hebben verschillende oorzaken. De dominantie van beleidsdoelstellingen hindert bestuursorganen nogal eens burgers serieus te nemen. Inspraakprocedures schieten daardoor hun doel soms voorbij. Ook doorgeschoten, maar op zichzelf goedbedoeld regelgeoriënteerd gedrag leidt vaak tot onbegrip tussen het bestuur en burgers. De bij veel overheden gekozen inrichting van de bezwaarschriftprocedure van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is daarvan een voorbeeld. Bezwaarschriften worden bij veel bestuursorganen vrijwel zonder uitzondering langs een externe commissie in de zin van art. 7:13 Awb geleid. Die commissie hoort de bezwaarmaker en eventuele andere belanghebbenden en adviseert het bestuursorgaan over het op bezwaar te nemen besluit. Anders dan vaak gedacht, biedt de Awb echter ruimte om te zoeken naar een op het voorliggende bezwaar toegesneden afhandelingsmodaliteit. Dat kan heel goed in overleg met de bezwaarmaker, die daarover vaak ook wel een idee heeft. De handleiding 'Professioneel behandelen van bezwaarschriften' laat zien hoe een meer oplossingsgerichte inrichting van de bezwaarschriftprocedure vorm-

gegeven kan worden.¹ Dat de behandeling van bezwaarschriften langs een andere weg als de 7:13-commissie vaak de voorkeur verdient, wil echter niet zeggen dat die commissie geen belangrijke rol kan spelen. Sterker nog, in veel geschillen is inschakeling van zo'n commissie juist verstandig. Dan moet de conclusie van het advies natuurlijk wel duidelijk zijn en daaraan schort het soms.

In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe hoor- en adviescommissies hun oordeel over het bezwaarschrift in hun advies dienen te formuleren en hoe vervolgens de conclusie van een daarop gebaseerd besluit moet luiden. Gesproken wordt wel over 'het dictum' van het advies en het besluit op bezwaar. In de discussie komen de termen 'gegrond' en 'ongeground' aan de orde. Deze begrippen hanteren veel 7:13-commissies als ze het bestuursorgaan adviseren en ook in de besluiten op bezwaar zijn deze termen vaak terug te vinden. De centrale stelling van dit betoog is dat het gebruik van die begrippen in het dictum, de conclusie van het advies of van het besluit, onnodig, juridisch vaak onjuist en voor de burger soms onduidelijk is. In plaats daarvan kan beter de in art. 7:11 lid 2 van de Awb gebruikte term 'herroepen' worden gebezigd. Omdat daarmee het probleem voor een deel wordt verschoven, komt in dit stuk ook de vraag aan de orde wanneer een besluit moet worden herroepen.

2 De terminologie van de Awb

Van belang is allereerst dat de wettekst van de Awb geen richting geeft aan de precieze inhoud van het dictum bij het geven van een advies en het nemen van een besluit op bezwaar. Opvallend is om te beginnen dat – anders dan op grond van het gebruik daarvan in de praktijk vermoed zou kunnen worden – de termen (gedeeltelijk) 'gegrond' of 'ongeground' niet in de tekst van afdeling 7.2 van de Awb over bezwaar te vinden zijn. Dat is alleen anders in art. 7:3 onder b, waar een uitzondering op de hoorplicht van art. 7:2 is geregeld wanneer het bezwaarschrift 'kennelijk ongegrond' is. Volgens de memorie van toelichting is daarvan *in ieder geval* sprake indien gehele of gedeeltelijke tegemoetkoming aan het bezwaar kennelijk in strijd met een wettelijk voorschrift zou zijn en bovendien de feiten die aan de beslissing op het bezwaarschrift ten grondslag zullen worden gelegd door de belanghebbenden niet worden bestreden. In algemene zin geldt deze bepaling voor die gevallen waarin uit het bezwaarschrift zelf aanstonds blijkt dat de bezwaren van de indiener van het bezwaarschrift ongegrond zijn en er redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is over die conclusie. De bepaling geeft dus een mogelijkheid om in situaties waarin het horen niet zinvol is te achten daarvan daadwerkelijk af te zien. Het voorschrijven van een hoorzitting zou in deze situaties tot een onnodige werkbelasting en tot tijdverlies voor het bestuur of belanghebbenden leiden. Behalve in art. 7:3 onder b komt de term 'ongeground' overigens niet voor in afdeling 7.2. Het gebruik van de term is dus niet voorgeschreven bij het geven van een advies of een besluit op bezwaar.

De term 'ongeground' komt wél voor in afdeling 7.3 over administratief beroep, waar art. 7:25 stelt dat het bestreden besluit wordt vernietigd voor zover het beroepsorgaan het

1 De handleiding is geschreven door prof.mr.dr. A.T. Marseille en ondergetekende en is als pdf te downloaden (en als boekje te bestellen) via www.prettigcontactmetdeoverheid.nl/bibliotheek/549.

beroep ontvankelijk en gegrond acht. En natuurlijk kennen we de term uit hoofdstuk 8 Awb, waar art. 8:70 voor de bestuursrechtspraak de dicta geeft, waaronder die van onderdelen 'c. ongegrondverklaring van het beroep' en 'd. gegrondverklaring van het beroep'.

Over het op bezwaar te nemen besluit stelt de Awb in art. 7:11 lid 1 dat in bezwaar een volledige heroverweging dient plaats te vinden en in art. 7:11 lid 2 dat, voor zover de heroverweging daartoe aanleiding geeft, het bestuursorgaan het bestreden besluit herroept en voor zover nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit neemt. De begrippen 'gegrond' en 'ongegrond' worden in de wettekst dus niet gebruikt in relatie tot het al of niet herroepen van het bestreden besluit. Is de conclusie dan ook dat het voor het herroepen van een primair besluit in het besluit op bezwaar of in een daartoe strekkend advies van een 7:13-commissie niet nodig is dat het bezwaarschrift 'gegrond' is? En wat is eigenlijk precies het herroepen van een besluit?

3 Herroepen en onrechtmatigheid

De Awb kent verschillende begrippen voor min of meer vergelijkbare handelingen die een bestuursorgaan of een bestuursrechter in de achtereenvolgende stappen van het contact met de burger met een besluit verricht. Voor de primaire besluitvorming spreekt de wet over 'intrekken'. Voor de fase van bezwaar kent de wet de term 'herroepen'. Voor het (administratief) beroep wordt de term 'vernietigen' gebruikt. Dit terminologische onderscheid maakt direct duidelijk welke fase van het verkeer tussen bestuur en burger aan de orde is.

Het herroepen van een primaire besluit in het besluit op bezwaar geeft aan dat de rechtsgevolgen aan het primaire besluit worden ontnomen. Kan een primair besluit alleen worden herroepen wanneer dat besluit onrechtmatig is? Dat is niet het geval. Alleen al de tekst van art. 7:11 lid 1 Awb indiceert dat: 'voor zover de heroverweging daartoe aanleiding geeft' is immers ruim geformuleerd. In twee situaties kan er een andere reden zijn voor het herroepen van het primaire besluit. In de eerste plaats wanneer op grond van de beoordeling van de gemaakte belangenafweging ('doelmatigheid') geoordeeld wordt dat beter een ander besluit kan worden genomen dan het bestreden besluit. Dan is herroepen aan de orde, maar daarmee staat de onrechtmatigheid van het eerdere besluit niet vast. Het eerdere besluit kan immers op zichzelf voldoen aan de eisen van zorgvuldige voorbereiding, een draagkrachtige motivering bevatten en in overeenstemming zijn met de ter zake geldende rechtsregels. Wanneer een bestuursbevoegdheid beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid bevat en in bezwaar een andere afweging (van belangen) wordt gemaakt, kan het zowel in primo als in bezwaar gaan om rechtmatige beslissingen. In de tweede plaats kan de in bezwaar uit te voeren ex nunc beoordeling leiden tot herroeping van het primaire besluit omdat bepaalde feiten of omstandigheden zijn gewijzigd na het moment waarop het bestreden besluit werd genomen. Zo kan gewijzigde jurisprudentie leiden tot een van het primaire besluit afwijkende beslissing op bezwaar, terwijl dat primaire besluit, gelet op het destijds geldende recht, rechtmatig kan zijn geweest; ex nunc beoordelend is het dat echter niet meer en is herroeping aangewezen.

Volgens art. 6:22 Awb kunnen gebreken in besluiten met toepassing van deze bepaling worden gepasseerd. In die gevallen is het herroepen van (een deel van) het besluit dus

niet nodig. Volgens de per 1 januari 2013 gewijzigde formulering van art. 6:22 Awb kan de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel gepardonneerd worden wanneer aannemelijk is dat de belanghebbenden door die schending niet zijn benadeeld. In dat geval wordt het bestreden besluit in stand gelaten. Het is echter de vraag of toepassing van deze bepaling in de bezwaarschriftprocedure wel voor de hand ligt en of het gebruik daarvan niet aan de rechter moet worden voorbehouden. In de onderdelen 7 en 8 komt dit vraagstuk nader aan de orde.

Enkele relevante vraagstukken in het kader van de heroverweging die met het voorgaande zijn verbonden, laat ik hier rusten. Eén van die vragen betreft de reikwijdte van de heroverweging: moet het bestuursorgaan bij de heroverweging verder gaan dan de beoordeling van de gronden van het bezwaarschrift als daarbuiten gebreken aan het besluit kleven?² Een andere kwestie betreft de vraag wanneer het bestuursorgaan ter vervanging van het herroepen besluit een nieuw besluit moet nemen. De wettekst stelt 'voor zover nodig', maar stel dat het binnen de termijn die voor de besluitvorming op bezwaar beschikbaar is niet mogelijk is een nieuw besluit te nemen, wat dan?³

4 Waarom '(on)gegrond' gebruiken?

Bestuursorganen en 7:13-commissies kunnen verschillende redenen hebben voor het gebruik van de terminologie 'gegrond' en 'ongeground'. Dat kan in de eerste plaats een statistische achtergrond hebben. Bestuursorganen hebben graag inzicht in de kwaliteit van hun besluitvorming. Hoe goed presteert een afdeling die uitkeringen verstrekt, vergunningen verleent of subsidiebesluiten neemt? Om dat te weten te komen wordt als een indicator gezien het aantal keren dat een bezwaarschrift dat is ingediend tegen een besluit van die afdelingen (gedeeltelijk) gegrond of ongegrond wordt verklaard. In kwartaal- en jaarverslagen en andere analyses van advies- en hoorcommissies worden die cijfers gepresenteerd. In het verleden maakte de burgemeester die cijfers bekend in zijn burgerjaarverslag. De gedachte is dat het structureel verzamelen van die informatie de mogelijkheid biedt verbeteringen of verslechtingen op te sporen: hoe zat het vorig jaar of in een vorige periode met de besluiten op bezwaar? Hoe doen wij het in vergelijking met andere afdelingen of bestuursorganen?

In de tweede plaats wordt informatie uit de bezwaarschriftprocedure door juridisch controllers benut voor het doen van handreikingen ter verbetering van de juridische kwaliteit.⁴ De bezwaarschriftprocedure is zo een indicator binnen de systematiek van juridische kwaliteitszorg. Blijkt uit een analyse van de bezwaarschriften dat de motivering van door een afdeling subsidieverstrekking voorbereide besluiten regelmatig tekort schiet,

2 De heroverweging is niet beperkt tot de ingediende gronden, maar moet daarmee wel in verband staan: ABRvS 2 mei 2007, AB 2007/263, m.nt. De Waard.

3 In beginsel moet het vervangende besluit ineens worden genomen en kan de besluitvorming niet gefaseerd plaats vinden, maar op die regel bestaan uitzonderingen, bijvoorbeeld omdat daarvoor een wettelijk voorgeschreven procedure moet worden doorlopen. Zie: ABRvS 6 december 2006, AB 2007/200, m.nt. De Waard.

4 Zie over juridische kwaliteitszorg: H.B. Winter & B.G. Westerink, *Kwaliteitszorg in de rechtspraktijk*, Noordhoff Uitgevers, Groningen: 2009 en S.C. Peij, B.G. Westerink & H.B. Winter, *Juridische kwaliteitszorg. Een organisatiekundige handleiding*, Deventer: Kluwer 2003.

dan kan de juridisch controller de afdeling ondersteunen door standaard-motiveringen aan te bieden, of een cursus subsidieverstreking volgens de Awb te verzorgen voor de medewerkers. Als er onderdelen binnen de organisatie zijn waar besluiten worden genomen die tot relatief veel gegronde bezwaarschriften leiden, dan kan het aantal gegronde bezwaarschriften aanleiding zijn voor het uitvoeren van een nadere analyse van de precieze kwaliteitsproblemen die aan de orde zijn.

Een derde reden om de termen ‘gegrond’ en ‘ongeground’ te gebruiken is dat de bezwaarmaker op die manier geïnformeerd kan worden over de beoordeling van zijn bezwaarschrift. Een helder dictum in het advies of het besluit op bezwaar geeft duidelijkheid aan de indiener van het bezwaarschrift over de op basis van zijn bezwaar gemaakte heroverweging, zo wordt verondersteld. Bezwaarmakers willen uiteraard weten wat het oordeel is over het ingediende bezwaar en een kernachtige formulering biedt daarbij mogelijk helderheid.

5 Waarom ‘(on)gegrond’ liever niet gebruiken?

Op het eerste gezicht lijken hiervoor valide redenen te zijn gegeven om bij de advisering en besluitvorming in de bezwaarschriftprocedure de termen ‘gegrond’ en ‘ongeground’ te hanteren. Bij nadere beschouwing wordt echter duidelijk dat deze terminologie grote nadelen heeft. Worden deze begrippen gebruikt bij de verslaglegging van de bezwaarschriftprocedure, dan is al snel sprake van een vergelijking tussen appels en peren. Tegen de ene categorie besluiten wordt nu eenmaal eerder bezwaar gemaakt dan tegen de andere. Subsidiebeschikkingen waarbij sprake is van een duurzame relatie tussen subsidieverstrekker en -ontvanger leiden om die reden niet vaak tot bezwaarschriften, maar dat zegt veelal niets over de kwaliteit van de genomen besluiten. En dat bij de meeste gemeenten bezwaarschriften ingediend tegen WOZ-bezwaarschriften vaker ‘gegrond’ zijn dan bezwaarschriften ingediend tegen beslissingen over uitkeringen heeft ook met de aard van het besluit te maken. Het vergelijken van percentages (on)gegronde bezwaarschriften tussen verschillende bestuursorganen is al helemaal een hachelijke zaak. Wat het ene bestuursorgaan een gegrond bezwaarschrift acht, kan het andere bestuursorgaan immers als ongegrond afdoen, terwijl het derde bestuursorgaan deze terminologie niet gebruikt. Voor jaarverslaglegging lijkt het daarom veel verstandiger op zoek te gaan naar meer specifieke informatie, zoals de vraag welke redenen bij de heroverweging hebben geleid tot herroeping van het besluit. Het maakt daarbij immers nogal wat uit of het gaat om een gebrekkige motivering, een onzorgvuldige voorbereiding of om de onjuiste toepassing van de bevoegdheid. De juridisch controller die met de uitkomsten van de bezwaarschriftprocedure in de hand wil werken aan verbetering van de juridische kwaliteit van de besluitvorming heeft ook meer aan een precieze analyse van de uitkomsten van de bezwaarschriftprocedure. Die geeft hem immers pas echt houvast bij het doorvoeren van concrete verbeteracties. Dat zal de ene keer kunnen door een cursus over actuele jurisprudentie te (laten) geven, de andere keer ligt een training communicatieve vaardigheden meer voor de hand, terwijl in een derde situatie vooral verbetering kan worden verwacht van vergroting van de transparantie van het proces van besluitvorming.

Ook voor de communicatie met de indieners van de bezwaarschriften is het beter de termen ‘gegrond’ en ‘ongeground’ te vermijden. Daardoor worden bezwaarmakers immers vaak op het verkeerde been gezet. Wanneer een bezwaarschrift ‘gegrond’ wordt

verklaard, dan verheugt de bezwaarmaker zich daarover wellicht. Maar wanneer dat oordeel is gebaseerd op de gebrekkige of onduidelijke motivering van het bestreden besluit, en naar aanleiding van het bezwaarschrift de ontoereikende motivering wordt aangepast terwijl het besluit materieel gelijk blijft, is de burger blij gemaakt met een dode mus. Ook hier is de conclusie dat het de voorkeur verdient in het dictum van het besluit op bezwaar te spreken over het wel of niet herroepen van het bestreden besluit en vervolgens specifiek aan te geven welk(e) onderdeel(e)n van het besluit het betreft en waarop dat oordeel is gebaseerd. Deze conclusie betekent dus dat wanneer bij de heroverweging wordt geconstateerd dat de motivering van het besluit onduidelijk of anderszins gebrekkig is en dat gebrek kan worden geheeld, het besluit niet wordt herroepen, maar wordt besloten dat de motivering moet worden verbeterd. Wanneer dat niet mogelijk is en er dus een materieel (motiverings)gebrek wordt geconstateerd, wordt het besluit uiteraard wel herroepen.

Er is nog een bijkomende reden waarom het beter is juist de indieners van bezwaarschriften niet te informeren over de uitkomsten van de heroverweging in termen van '(on)gegrondheid' van het bezwaar. Op grond van art. 7:15 lid 2 Awb kan de bezwaarmaker in aanmerking komen voor een kostenvergoeding. De regeling kent een aantal clausules, waaronder de plicht voor de bezwaarmaker om die vergoeding te vragen voordat het besluit is genomen. Stel dat een bezwaarmaker dat verzoek inderdaad bijtijds heeft gedaan en hij krijgt vervolgens te horen dat zijn bezwaarschrift 'gegrond' is; zal hij dan niet in de veronderstelling verkeren dat hij dus voor een vergoeding van gemaakte kosten in aanmerking komt? Hij kan gemakkelijk teleurgesteld zijn als hij ondervindt dat het ingevolge art. 7:15 lid 2 Awb niet voldoende is dat het bezwaarschrift 'gegrond' is. Voor vergoeding is immers slechts ruimte als het bezwaarschrift wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Eigenlijk zegt het op bezwaar beslissende bestuursorgaan tegen hem 'u heeft wel gelijk op een onderdeel, maar u krijgt dat niet voor het geheel en helaas krijgt u daarom ook geen kostenvergoeding'. Menig burger is dan al vertwijfeld afgehaakt over zoveel miscommunicatie.

Een andere reden waarom het gebruik van 'gegrond' of 'ongegrond' tot lastige vragen leidt, is verbonden met de ambtshalve constatering van gebreken in het bestreden besluit. Dan gaat het dus om gebreken die niet in het bezwaarschrift aan de orde zijn gesteld. Op een aantal punten moet het heroverwegende bestuursorgaan altijd controleren of het bestreden primaire besluit rechtmatig was. Zo'n punt is bijvoorbeeld de bevoegdheid van het bestuursorgaan zelf. Wanneer op dat punt een gebrek bestaat, zou strikt genomen het dictum van het besluit op bezwaar moeten luiden dat het bezwaarschrift 'ongegrond' is, maar dat niettemin het bestreden besluit wordt herroepen. Uiteraard kan ook worden verdedigd dat zonder het ingediende bezwaarschrift de heroverweging niet zou zijn uitgevoerd en dat het bezwaarschrift om die reden juist wel als 'gegrond' moet worden aangemerkt. Dat daarover discussie kan bestaan toont al aan dat het gebruik van de terminologie problematisch is. In theorie zou het immers zo kunnen zijn dat het oordeel over een bezwaarschrift luidt dat het ongegrond is, maar dat het besluit wel wordt herroepen of gewijzigd en er ook recht op een kostenvergoeding bestaat. Over 'prettig contact met de overheid' gesproken...! Een andere situatie is dat het bestreden besluit wordt herroepen omdat het bestuursorgaan – gebruik makend van de beleidsvrijheid in de bevoegdheidsbepaling – van oordeel is dat beter een ander besluit kan worden genomen. Het besluit wordt dan herroepen terwijl vast staat dat het bestreden besluit niet

onrechtmatig was. Van een geground bezwaarschrift kan dan ook niet worden gesproken; evenmin is kostenvergoeding aan de orde.

6 Gewoon niet (meer) gebruiken!

Omdat er nadelen zijn verbonden aan het gebruik van de termen ‘gegrond’ en ‘ongeground’, pleit veel er voor deze termen in verband met de behandeling van bezwaarschriften niet meer te gebruiken. Dat is ook wat de Afdeling bestuursrechtspraak – hoewel nog wat terughoudend geformuleerd – lijkt te adviseren in een uitspraak van 4 december 2002:

‘Artikel 7:11 schrijft, op herroeping van het bestreden besluit door het bestuursorgaan na, geen formulering voor bij de beslissing op een ontvankelijk bezwaar. Voorts biedt de bepaling, gelet op haar bewoordingen, geen grond voor het standpunt dat het bestuursorgaan, indien het bij de beslissing op bezwaar tot herroeping van het bestreden besluit overgaat, daarbij tevens zijn opvatting omtrent de gegrondheid van de daartegen gemaakte bezwaren dient weer te geven in de vorm van een bepaalde uitspraak. Een vaste formulering (gegrond respectievelijk ongegrond) dient in de regel de duidelijkheid, doch onder omstandigheden kan die soms beter op andere wijze worden verkregen.’⁵

In een uitspraak van 24 november 2010 is de Afdeling wat stelliger:

‘Een algemene plicht voor het bestuursorgaan om in het besluit op bezwaar een uitdrukkelijk oordeel over de rechtmatigheid van het primaire besluit te geven kan uit (art. 7:11) niet worden afgeleid’⁶

Veel van de bestaande verwarring over het ‘dictum in bezwaar’ zou zijn weggenomen als het in deze uitspraken vervatte (wat verstopt geformuleerde) advies wordt gevolgd. In de conclusie van het advies of het besluit op bezwaar kan dan worden volstaan met de redenering dat de heroverweging niet leidt tot de herroeping van het bestreden besluit, of dat juist wel van het herroepen van dat besluit sprake is. Een andere redenering zou kunnen zijn dat een aanpassing nodig is in de motivering van het besluit of in de procedure van totstandkoming, maar dat het besluit inhoudelijk wel in stand blijft en niet behoeft te worden herroepen.

Voor een deel is wellicht sprake van het verplaatsen van het probleem. Want wat te doen wanneer sprake is van gebreken in de motivering en in de bevoegdheid? Een paar situaties komen hierna aan de orde.

7 Bevoegdheidsproblemen

Op punten van ‘openbare orde’ toetst de bestuursrechter besluiten ambtshalve, ook zonder dat partijen in een procedure daarop wijzen. Het gaat daarbij onder meer om de bevoegdheid van de rechter, de bevoegdheid van het bestuursorgaan en de ontvankelijkheid van het bezwaar of beroep. De ambtshalve toetsing aan punten van openbare orde draait bij de ontvankelijkheid van het bezwaar- of beroepschrift om zaken als het

5 ABRvS 4 december 2002, *JB* 2002/35, m.nt. Jansen.

6 ABRvS 24 november 2010, *JB* 2011/7.

besluitbegrip, de tijdige indiening van het bezwaar en beroep en de vraag of de indiener belanghebbende is. In de bezwaarschriftprocedure worden deze punten door het heroverwegende bestuursorgaan eveneens beoordeeld; de volledige heroverweging noopt daartoe. Dit betekent dat de bevoegdheid van het bestuursorgaan dat het bestreden besluit nam, in de beoordeling moet worden betrokken. Wat zou het dictum van het advies moeten zijn in het geval van een bevoegdheidsprobleem? Wanneer door de advies- en hoorcommissie wordt geconstateerd dat er een bevoegdheidsprobleem is, moet het bestuur worden geadviseerd het (onbevoegd genomen) besluit te herroepen in de beslissing op bezwaar.⁷ Dat is anders wanneer het wél bevoegde orgaan het primaire besluit onderschrijft. Volgens de Afdelingsjurisprudentie kan in zo'n geval het bevoegde orgaan het besluit op bezwaar nemen, waarmee het bevoegdheidsgebrek geacht wordt te zijn hersteld.⁸ Aangenomen moet worden dat die bekrachtiging terugwerkende kracht heeft.⁹

Het onbevoegde college van burgemeester en wethouders neemt een dwangsombesluit, dat door de burgemeester genomen had moeten worden. Namens verweerder wordt tijdens de hoorzitting deze onbevoegdheid erkend. Tegelijkertijd ligt er het aanbod van de burgemeester het bestreden besluit te bekrachtigen. In deze casus dient het besluit op bezwaar door de burgemeester te worden genomen, waardoor het bevoegdheidsgebrek geacht kan worden te zijn hersteld.

Art. 6:22 wordt in zo'n geval dus niet toegepast in de bezwaarfase, ook niet sinds die bepaling op 1 januari 2013 is verruimd. Voordien was sprake van het passeren van de schending van een 'vormvoorschrift'¹⁰, sindsdien kan ook de schending van een materiele norm gepasseerd worden, als aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Doet een bezwaarmaker in een dergelijke situatie een verzoek in de zin van art. 7:15 Awb, dan moet worden aangenomen dat sprake is van een 'herroepen' besluit en omdat zonder meer sprake is van onrechtmatigheid komt de bezwaarmaker voor een kostenvergoeding in aanmerking.

In een vergelijkbaar geval kan de bestuursrechter wel gebruik maken van zijn bevoegdheid de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.¹¹

8 Onjuiste wettelijke grondslag of onjuiste motivering

Het komt regelmatig voor dat in bezwaar blijkt dat in het besluit een onjuiste grondslag of motivering is vermeld, terwijl het besluit – gebaseerd op de juiste grondslag en

7 ABRvS 15 april 1997, *AB* 1997/305, m.nt. Minjon (Delasco), CRvB 15 oktober 1996, *AB* 1997/99, m.nt. Pennings. Zie ook: ABRvS 23 oktober 1997, *JB* 1998/5, m.nt. Heldeweg.

8 ABRvS 9 januari 2002, *AB* 2002/85, m.nt. Sewandono.

9 Zou dit niet zo zijn, dan zou bekrachtiging weinig zin hebben; dan kan even goed het besluit in bezwaar worden herroepen en een nieuw primair besluit worden genomen.

10 ABRvS 13 juli 2011, LJN BR1412; ABRvS 7 december 2011, LJN BU7002; ABRvS 28 december 2011, LJN BU9461; ABRvS 7 maart 2012, LJN BV8071; ABRvS 21 maart 2012, LJN BV9455; ABRvS 13 juni 2012, LJN BW8192; ABRvS 19 september 2012, LJN BX7688; ABRvS 24 oktober 2012, LJN BY1063; ABRvS 31 oktober 2012, LJN BY1740 en BY1744; ABRvS 7 november 2012, LJN BY2519.

11 Zie voor een illustratie: CRvB 25 maart 1997, *AB* 1997/182, m.nt. Bröring en ABRvS 23 oktober 1997, *AB* 1998/386, m.nt. Schreuder-Vlasblom.

motivering – wel degelijk rechtmatig moet worden geacht. Hierbij doet zich een tweetal vragen voor:

- moet bij een onjuiste motivering of een onjuiste wettelijke grondslag het besluit worden herroepen?
- kan een dergelijk gebrek – onder verbetering van de onderbouwing van het besluit – worden gepasseerd door toepassing van art. 6:22 Awb?

Het kan de belanghebbende zijn die op de onjuiste wettelijke grondslag of motivering wijst, maar evengoed kan de omissie door het bestuursorgaan naar voren worden gebracht of – wanneer zowel de belanghebbende als het bestuursorgaan hierover zwijgen – door de advies- en hoorcommissie worden opgemerkt. Uit de rechtspraak over dit artikel kan worden opgemaakt dat wanneer de rechter fouten passeert, hij het beroep ongegrond verklaart.¹² Volgens de wet moet daarbij als maatstaf gelden ‘indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld’. Als niet valt uit te sluiten dat belanghebbenden zijn benadeeld, dan kan aan art. 6:22 Awb geen toepassing worden gegeven. De gewijzigde formulering van art. 6:22 op dit punt komt volgens de wetsgeschiedenis overeen met de manier waarop de rechter deze maatstaf nu ook al toepast. De gewijzigde formulering van art. 6:22 Awb – indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld – is aldus wel een verruiming ten opzichte van de aloude formulering, maar geen verruiming van de praktijk. Duidelijk is dat daarbij ook de belangen van derde-belanghebbenden een rol spelen. Het kan zijn dat derden zijn benadeeld door de schending van voorschriften over bekendmaking en mededeling, omdat zij daardoor niet op tijd van het besluit hebben kennisgenomen. Het passeren van een gebrek met gebruikmaking van art. 6:22 door de rechter kan worden gecombineerd met een vergoeding van griffierecht of proceskosten.

Toepassing van art. 6:22 in de bezwaarfase ligt minder voor de hand. Het bestuursorgaan kan dan immers het besluit op bezwaar wijzigen door alsnog de motivering te geven of door wanneer sprake is van een bevoegdheidsgebrek – zoals hierboven besproken – het besluit te bekrachtigen. In die gevallen wordt het besluit herroepen en een nieuw besluit genomen dat voldoet aan de eisen. Daarmee wordt ook voldaan aan de eis van art. 7:15, lid 2 Awb: er is sprake van het herroepen van (een deel van) het besluit en de onrechtmatigheid die daaraan ten grondslag ligt is aan het bestuursorgaan te wijten. Aldus komt de bezwaarmaker in aanmerking voor een vergoeding van proceskosten. Wordt art. 6:22 gehanteerd, dan kan juist op dit punt discussie ontstaan: strikt genomen is geen sprake van herroepen en kan dus geen vergoeding worden uitgekeerd. Volgens de wetsgeschiedenis van art. 6:22 Awb is er toch voor gekozen deze bepaling op de bezwaarschriftprocedure betrekking te laten hebben omdat op die manier tot uitdrukking kan worden gebracht van bezwaarmakers dat het geen zin heeft tegen louter formele gebreken bezwaar te maken, omdat die in bezwaar hersteld kunnen worden. De vraag is of deze redenering wel klopt omdat ook zonder art. 6:22 gebreken in bezwaar kunnen worden hersteld. Sinds de vergoedingsregeling in art. 7:15 Awb is opgenomen is dit toch anders komen te liggen en in dat licht bezien zou ook een andere regeling voorstelbaar zijn geweest.

12 CBB 23 mei 1995, *JB* 1995/177; CRvB 1 april 1996, *AB* 1996/446; ABRvS 13 februari 1996, *JB* 1996/83.

Er is overigens ook rechtspraak waarin herroeping van een (deel van een) onrechtmatig besluit achterwege kan blijven met toepassing van art. 6:22 Awb. Dat is bijvoorbeeld het geval in de casus waarin er een motiveringsgebrek aan het besluit kleeft, maar de belanghebbende uit andere stukken de gronden voor het bestreden besluit kende.¹³ In een dergelijk geval kan art. 6:22 toch worden toegepast.

Uit CRvB 7 juli 1998 blijkt dat de rechtbank Maastricht van mening is dat wanneer in een bezwaarschriftprocedure door het bestuursorgaan wordt ontdekt dat een onjuiste wettelijke grondslag is gehanteerd ter motivering van een primair besluit, dit moet leiden tot de gegrondverklaring van het bezwaar, het herroepen van het primaire besluit en het nemen van een nieuw primair besluit, gebaseerd op de juiste wettelijke grondslag. De beslissing tot ongegrondverklaring van het bezwaar wordt daarom vernietigd en de gemeente Heerlen wordt veroordeeld tot het vergoeden van proceskosten en griffierecht. Wel wordt met gebruikmaking van art. 8:72, derde lid, Awb, door de rechtbank bepaald dat de rechtsgevolgen in stand blijven. De Centrale Raad van Beroep is het niet eens met deze werkwijze van de rechtbank. Volgens hem hoeft dit gebrek niet te leiden tot het herroepen van het primaire besluit. De Centrale Raad meent verder dat het in bezwaar bestreden primaire besluit gehandhaafd kan blijven met verbetering van de rechtsgrond, maar onder ongegrondverklaring van het bezwaar.¹⁴ Uit de uitspraak van 11 december 2001 blijkt dat de Centrale Raad van Beroep van mening is dat de vermelding van een onjuist wetsartikel kan worden gepasseerd wanneer het voor betrokkene duidelijk was welk artikel bedoeld was en betrokkene door de vergissing geen schade heeft geleden.¹⁵

De conclusie is dus dat toepassing van art. 6:22 Awb in de bezwaarschriftprocedure niet voor de hand ligt.

9 Varia: nog meer ongewenste termen

Los van het gebruik van de termen '(on)gegrond', verdient ook het begrip 'niet-ontvankelijk' kort de aandacht. Oogmerk van communicatie tussen bestuur en burger is dat de strekking van de boodschap van het bestuursorgaan duidelijk moet zijn. Het begrip 'niet-ontvankelijk' is wellicht voor juristen en andere 'repeat-players' voldoende duidelijk, maar voor veel burgers geldt dat niet. 'Niet-ontvankelijk' klinkt veel burgers als een veroordeling in de oren; een strenge term die een afkeurende lading heeft. Het is een paraplubegrip dat niet veel zegt, aangezien ook bij dit oordeel veel verschillende mogelijkheden bestaan. Zo kan 'niet-ontvankelijkheid' wijzen op een te laat ingediend bezwaarschrift, op een bezwaarschrift dat niet aan de eisen voldoet of op een indiener die geen belanghebbende is. Ook hier geldt dat de indiener van het bezwaarschrift het best wordt geïnformeerd over de beoordeling van zijn bezwaar als hij te horen krijgt welk gebrek aan de orde is en dat de consequentie daarvan is dat het bezwaarschrift niet in behandeling wordt genomen. Dat veel bestuursorganen ten onrechte de bezwaarmaker niet-ontvankelijk verklaren in plaats van het bezwaarschrift laat ik dan nog buiten beschouwing.

13 CRvB 1 april 1996, AB 1996/446.

14 CRvB 7 juli 1998, AB 1998/305,

15 CRvB 11 december 2001, AB 2002/63, m.nt. Pennings. Zie voor een recente uitspraak waarin de Afdeling geen aanleiding ziet om art. 6:22 Awb toe te passen; ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:278.

Een andere kwestie is het in het dictum van (het advies dat leidt tot) het besluit op bezwaar ‘bevestigen’ van het bestreden besluit. Het is niet verstandig tot besluit van de heroverweging te concluderen tot bevestiging van het bestreden besluit of woorden van gelijke strekking. Dat kan namelijk verwarring scheppen over de vraag vanaf wanneer het besluit precies geldt. Duidelijk is dat in dergelijke gevallen bedoeld is dat het primaire besluit blijft gelden, maar daar is geen afzonderlijke uitspraak voor nodig. Wordt het bestreden besluit niet herroepen, dan blijft het immers ongewijzigd gelden. Een alternatief kan wel zijn dat in het besluit op bezwaar wordt geconcludeerd tot het in stand laten van het bestreden besluit.

10 Conclusie

Mijn conclusie is dat het gebruik van de termen ‘gegrond’ en ‘ongeground’ in het advies en het besluit op bezwaar moet worden vermeden. Door de heroverweging te beperken tot de term ‘herroepen’ wordt aansluiting gevonden bij de tekst van de wet en ontstaat voor de bezwaarmaker en andere belanghebbenden maximale duidelijkheid. Voorwaarde daarbij is dat in het advies en het besluit op bezwaar duidelijk wordt gemaakt wat de reden(en) zijn voor het geheel of gedeeltelijk herroepen van het besluit en wat daarvan de gevolgen zijn. Zo mogelijk en zo nodig wordt in de plaats daarvan een nieuw besluit genomen. Als dat niet het geval is, moeten de consequenties van het ‘herroepen’ expliciet worden beschreven in (het advies dat leidt tot) het besluit op bezwaar.

Over de auteurs

Prof. mr. M.A.M.C. van den Berg

Matton van den Berg is emeritus hoogleraar privaatrecht in het bijzonder bouwrecht aan de Universiteit van Tilburg. Dick Lubach en hij bekleedden vele jaren complementaire leerstoelen bouwrecht. Zij integreerden beiden het publiekrechtelijke en het privaatrechtelijke bouwrecht, Dick met het zwaartepunt bij het publiekrechtelijke bouwrecht en Matton bij het privaatrechtelijke bouwrecht.

Prof. dr. ir. A.G. Bregman

Arjan Bregman is als hoogleraar gebiedsontwikkeling vanwege de Amsterdam School of Real Estate verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en als senior stafmedewerker aan het Instituut voor Bouwrecht (IBR). Hij promoveerde op 8 april 1999 bij Dick Lubach op het proefschrift *Ruimtelijke plancoördinatie en projectbesluitvorming, naar maatwerk zonder versnippering*.

Prof. mr. H.E. Bröring

Herman Bröring is als hoogleraar integrale rechtsbeoefening verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij is reeds drie decennia collega van Dick Lubach.

I.M. van Buggenum

Iris van Buggenum is als onderzoeksassistent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Zij is student in de researchmaster functionaliteit van het recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en is specifiek geïnteresseerd in en betrokken bij onderzoek naar de Wet Bibob.

Prof. mr. P.J.J. van Buuren

Peter van Buuren is als staatsraad verbonden aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Hij was van 1973-1981 verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij deelde jarenlang een kamer met Dick Lubach.

Prof. dr. S. Comtois

Suzanne Comtois is als *visiting professor public law* vanwege het *Groningen Centre for Law and Governance* verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen en als professor verbonden aan de Faculté de droit, Université de Sherbrooke (Québec, Canada). Dat zij de kans had enige tijd collega van Dick Lubach te zijn heeft hun hechte band versterkt.

Prof. mr. L.J.A. Damen

Leo Damen is als honorair hoogleraar bestuursrecht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen en is raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep. Hij werkt sinds 1991 met Dick Lubach samen in de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde.

Prof. dr. L.W. Gormley

Laurence Gormley is als hoogleraar Europees Recht & Jean Monnet Professor verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen en als *Professor at the College of Europe* in Brugge. Hij werkte samen met Dick Lubach in diens *Hanse Law School* periode en bewaart goede herinneringen aan Dick als superbe collega, mede op het gedeelde vlak van het aanbestedingsrecht, en aan de goede samenwerking, in het bijzonder gedurende een gezamenlijk reis naar de University of Surrey.

Mr. dr. K.J. de Graaf

Kars de Graaf is als universitair hoofddocent bestuursrecht en omgevingsrecht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij was tijdens zijn studie student-assistent van Dick Lubach, is vanaf 1999 een collega van Dick en promoveerde op 2 december 2004 bij Dick op het proefschrift *Schikken in het bestuursrecht*.

Mr. C.P. Hageman

Constantijn Hageman is als onderzoeker verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht en als extern promovendus aan het *Amsterdam Institute for Social Science Research* (AISSR) van de Universiteit van Amsterdam. Hij doet onderzoek naar Rijkssturing in de ruimtelijke ordening. Hij schreef onder begeleiding van Dick Lubach zijn afstudeerscriptie *Overheidseigendom van openbare zaken: publiek of privaat recht?*

Prof. mr. J.H. Jans

Jan Jans is als hoogleraar bestuursrecht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij was niet alleen jarenlang een collega, maar is ook oud-student van Dick.

Mr. dr. A.M. Klingenberg

Aline Klingenberg is als docent bestuursrecht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Zij is al geruime tijd collega van Dick Lubach, maar is ook oud-student van Dick.

Prof. mr. N.S.J. Koeman

Niels Koeman is als staatsraad verbonden aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en lid van de Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli). Hij was jarenlang als hoogleraar milieurecht en recht der ruimtelijke ordening aan de Universiteit van Amsterdam één van de collega's van Dick Lubach en in het vakgebied. Zij zijn beiden lid van de redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht.

Mr. A.Z.R. Koning

Regina Koning is senior juridisch beleidsmedewerker/onderzoeksmedewerker bij het Instituut voor Bouwrecht (IBR). Dick Lubach begeleidde haar afstudeerscriptie en zij werken regelmatig samen in verband met uiteenlopende IBR-projecten.

Mr. A.J. Kuipers

Auke Kuipers is als seniorjurist verbonden aan de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Hij is oud-student van Dick Lubach, met ruime belangstelling voor rechterlijke toetsing (ook extern-rechtsvergelijkend) en omgevingsrecht.

Mr. K.M. van Leeuwen

Kirsten van Leeuwen is juridisch medewerker bij Blokvoort Advocaten. Zij was als student-assistent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen en werd door Dick Lubach geïnspireerd in de mastervakken Staats- en bestuursrecht.

Dr. A. Logemann-Prunk

Anika Logemann is manager en jurist bij het *Ems-Weser-Elbe Versorgungs- und Entsorgungsverband* (EWE-Verband) in Oldenburg en promoveerde op 25 november 2004 bij Dick Lubach op het proefschrift *Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften*.

Prof. mr. dr. A.T. Marseille

Bert Marseille is als hoogleraar bestuurskunde, in het bijzonder de empirische bestudering van het bestuursrecht, verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen en als bijzonder hoogleraar empirische bestudering van het bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg. Hij was van 1989 tot 1994 en vanaf 1999 collega van Dick Lubach, van wiens kennis, ervaring en inzicht hij zeer heeft geprofiteerd.

Prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels

Bruno van Ravels is advocaat bij AKD in Breda en is als hoogleraar verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Sinds 1999 vormt hij samen met onder meer Dick Lubach de Besliscommissie van het Schadeschap Luchthaven Schiphol.

Prof. dr. J. de Ridder

Ko de Ridder was tot 1 maart 2014 als hoogleraar bestuurskunde verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Sinds zijn emeritaat is hij honorair hoogleraar vergelijkend publiek management bij diezelfde vakgroep. Hij is jarenlang collega van Dick Lubach geweest en deelt met hem de passie voor de ruimtelijke ordening.

Prof. mr. M. Scheltema

Michiel Scheltema is regeringscommissaris Algemene regels van bestuursrecht en was de promotor van Dick Lubach in 1982. Daarna waren zij jarenlang collega's bij de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

Mr. dr. C.A. Schreuder

Karin Schreuder is rechter in de Afdeling Publiekrecht (Bestuursrecht, team Bestuur 1) bij de rechtbank Rotterdam en promoveerde op 8 september 1994 bij Dick Lubach op het proefschrift *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*.

Mr. D. Sietses

Derek Sietses is advocaat bij Stibbe in Amsterdam en was als student-assistent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij was student van Dick Lubach.

Mr. dr. H.D. Tolsma

Hanna Tolsma is als universitair docent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Zij is een collega van Dick Lubach.

Mr. dr. A. Tollenaar

Albertjan Tollenaar is als universitair docent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij is collega van Dick Lubach en bewaart bijzonder goede herinneringen aan het gezamenlijk verzorgen het vak Administrative Law 1.

Prof. mr. G.A. van der Veen

Gerrit van der Veen is advocaat/partner bij AKD te Rotterdam en als bijzonder hoogleraar Milieurecht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij is een collega van Dick Lubach en is net als hij onder meer geïnteresseerd in het grensgebied tussen publiek- en privaatrecht.

Mr. dr. F.R. Vermeer

Frank Vermeer is als hoofddocent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde en is al jarenlang collega van Dick Lubach. Zijn werkkamer ligt tegenover die van Dick. Hij heeft hem dagelijks zien komen en gaan. Samen hebben ze veel gesproken over het leven met en zonder bestuursrecht.

Prof. mr. G.J. Vonk

Gijsbert Vonk is als hoogleraar sociale zekerheidsrecht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij kijkt met veel plezier terug op zijn samenwerking met Dick Lubach die hij heeft leren kennen als een open, onderzoekende en intelligente 'man van de wereld'.

Mr. G. Vrieze

Gradus Vrieze was onder meer rechtbank-president te Leeuwarden en Zutphen. Hij was daarnaast bestuurslid van de Nederlandse vereniging voor rechtspraak en de Union Internationale de Magistrats / International Association of Judges. Hij is van hetzelfde geboortjaar als de jubilaris, zij waren in 1966 jaargenoten aan de juridische faculteit van de VU en rond 1970 student-assistent voor respectievelijk intellectuele- en industriële eigendomsrechten en bestuursrecht. In 1972 gingen ze beiden in Friesland aan de slag, de jubilaris op het Provinciehuis, de schrijver in het Paleis van justitie.

Prof. dr. H.B. Winter

Heinrich Winter is hoogleraar bestuurskunde bij de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen en directeur van Pro Facto, juridisch en bestuurskundig advies- en onderzoeksbureau in Groningen. Hij werkte samen met Dick Lubach, onder meer bij de evaluatie van de Woningwet en bij het onderwijs in het vak bestuursprocesrecht.

Onbegrensde rechtsbeoefening

Prof. mr. Dick Lubach, hoogleraar bouwrecht, is veertig jaar verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Dit is een van de redenen om hem een liber amicorum aan te bieden met bijdragen van mensen – uit de wereld van de universiteit, de rechtspraktijk en het Instituut voor Bouwrecht – met wie hij nauw heeft samengewerkt. Het wetenschappelijke werk van Lubach kenmerkt zich door een brede, grensoverstijgende belangstelling. Deze bundel weer- spiegelt dat.

De bijdragen zijn geordend rond drie thema's: het omgevingsrecht, het publiek- en privaatrecht en het algemeen bestuursrecht. In een aantal beschouwingen wordt stilgestaan bij de vraag wat er van de wetenschappelijke ideeën van Lubach is terecht gekomen, bijvoorbeeld waar het gaat om het onderwerp van diens proefschrift over beleidsovereenkomsten. Andere bijdragen concentreren zich op actuele ontwikkelingen, zoals op het terrein van het aanbestedingsrecht of het nieuwe bestuursrechtelijke schadevergoedings- en nadeelcompensatierecht. Voorts bevat de bundel meer fundamentele beschouwingen, over het belang van interne rechtsvergelijking en van generalistische in plaats van gespecialiseerde rechtspraak.

De bundel maakt duidelijk dat zowel de door Lubach bestudeerde onderwerpen als diens grensoverstijgende onderzoeksaanpak nog steeds van bijzondere betekenis zijn.

